

ESTUDIOS
JURÍDICOS



COMENTARIOS
A LA LEY 9/2017,
DE CONTRATOS
DEL SECTOR
PÚBLICO

ÁLVARO CANALES GIL
JUSTO ALBERTO HUERTA BARAJAS

BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

COMENTARIOS A LA LEY 9/2017,
DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ESTUDIOS JURÍDICOS, 16

COMENTARIOS A LA LEY 9/2017,
DE CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO

ÁLVARO CANALES GIL
Y
JUSTO ALBERTO HUERTA BARAJAS

**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES**

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Madrid, 2018

Primera edición: julio de 2018



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© Álvaro Canales Gil y Justo Alberto Huerta Barajas
© Para esta edición. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2018

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 786-18-051-5
ISBN: 978-84-340-2484-7
Depósito legal: M-21333-2018

Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO. <i>José Luis Piñar Mañas</i>	21
GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	25
INTRODUCCIÓN	29

Primera parte

METODOLOGÍA DE LA LEY

1. Ámbito de aplicación	32
2. Contratación de una Administración Pública-Poder Adjudicador.....	36
3. Contratación de una no Administración Pública-Poder Adjudicador	37
4. Contratación de un no Poder Adjudicador.....	43

Segunda parte

NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS

1. Ámbito de aplicación	45
2. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la Defensa y de la Seguridad.....	45
3. Negocios jurídicos: los convenios y encomiendas de gestión.	49
A. Introducción	49
B. Convenios excluidos	50
C. Encomiendas de gestión	53



	Páginas
4. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito internacional	65
5. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación.....	66
6. Relaciones jurídicas, negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito del Dominio Público y en el ámbito patrimonial.....	67
7. Negocios jurídicos y contratos excluidos en el ámbito financiero	69
8. Otros negocios o contratos excluidos	70

Tercera parte

ASPECTOS TRONCALES

1. Introducción.....	75
2. Necesidad e idoneidad del contrato.....	78
3. Libertad de pactos	80
4. Aptitud y capacidad para contratar con el sector público	81
A. Especial referencia a la habilitación empresarial o profesional.....	81
B. Acreditación del cumplimiento de los requisitos previos.....	83
C. Capacidad de obrar.....	83
D. Solvencia.....	90
a) Planteamiento previo	90
b) Medios de acreditación	91
c) Fijación de los medios de solvencia.....	92
d) Acreditación con medios ajenos.....	93
e) Solvencia económica y financiera	94
1. Introducción	94
2. Medios de acreditación	95
f) Solvencia técnica en los contratos de obras	97
g) Solvencia técnica en los contratos de suministro	99
h) Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios ..	102
i) Solvencia técnica o profesional en los restantes contratos	106
j) Normas de garantía de la calidad.....	106
k) Normas de gestión medioambiental.....	106
l) Exenciones	107
m) Acreditación de la solvencia por medio de la clasificación	108
E. Clasificación del contratista	108
a) Ampliación del ámbito de aplicación.....	108
b) Obligatoriedad.....	109
c) Potestatividad.....	110



ÍNDICE

	Páginas
<i>d)</i> No obligatoriedad	110
<i>e)</i> Excepciones	111
<i>f)</i> Criterios y condiciones para la clasificación	111
<i>g)</i> Clasificación a través de medios ajenos	113
<i>h)</i> Uniones temporales de empresarios	114
<i>i)</i> Competencia.....	115
<i>j)</i> Inscripción registral.....	116
<i>k)</i> Actualización de la información registral.....	120
<i>l)</i> Interconexión con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado.....	121
<i>m)</i> Prueba de la clasificación y de la aptitud para contratar a través de registros o listas oficiales de contratistas.....	121
<i>n)</i> Plazo de vigencia.....	122
F. Prohibiciones para contratar	123
<i>a)</i> Introducción	124
<i>b)</i> Prohibiciones que afectan a los contratos que celebren las entidades del Sector Público.....	125
<i>c)</i> Prohibiciones que afectan a una Administración Pública-Poder Adjudicador.....	129
<i>d)</i> Acreditación de la ausencia de prohibición para contratar	129
<i>e)</i> Plazos de prescripción	133
<i>f)</i> Duración de la prohibición.....	134
<i>g)</i> Eficacia de las prohibiciones	134
5. Objeto contractual.....	135
6. Presupuesto base de licitación, valor estimado y precio	139
A. Presupuesto base de licitación.....	139
B. Valor estimado.....	141
<i>a)</i> Concepto.....	141
<i>b)</i> Método de cálculo.....	142
<i>c)</i> Exclusión de la revisión de precios.....	147
C. Precio.....	147
<i>a)</i> Planteamiento general.....	147
<i>b)</i> Modos de determinación.....	149
<i>c)</i> Revisión de precios.....	151
7. Duración	154
8. Cómputo de plazos.....	158
A. Medios de comunicación utilizables.....	158
B. Reglas generales de cómputo.....	164
C. Caso del último día de presentación de proposiciones o solicitudes de participación.....	164



	<u>Páginas</u>
9. Principios de participación de los licitadores.....	167
10. La parte contratante.....	171
A. Órgano de contratación.....	171
a) Concepto.....	171
b) Tipología.....	171
B. Perfil de Contratante y Plataforma de Contratación del Sector Público.....	172
a) Concepto.....	172
b) Perfil de Contratante.....	174
c) Plataforma de Contratación del Sector Público.....	178
C. Portal de Transparencia.....	180
a) Planteamiento previo y publicidad activa.....	180
b) Publicidad pasiva: Atención del derecho de acceso a la información pública.....	182
11. Garantías.....	183
A. Ámbito de aplicación.....	183
B. Contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador.....	184
a) Garantía provisional.....	184
b) Garantía definitiva.....	187
C. Garantías exigibles en otros contratos públicos.....	194
12. Racionalización Técnica de la Contratación.....	194
A. Introducción.....	194
B. Acuerdo marco.....	196
a) Naturaleza jurídica.....	196
b) Duración.....	197
c) Procedimiento.....	198
d) Adjudicación de contratos basados.....	200
e) Modificaciones.....	201
C. Sistema dinámico de adquisición.....	202
a) Naturaleza jurídica.....	202
b) Implementación.....	204
c) Incorporación al sistema.....	205
d) Adjudicación de contratos específicos.....	206



ÍNDICE

	Páginas
13. Criterios de adjudicación.....	206
A. Planteamiento conceptual	206
B. Ámbito de aplicación subjetivo.....	207
14. Causas de invalidez	211
A. Principio general que condiciona la declaración de invalidez	211
B. Ámbito de aplicación.....	211
C. Causas de derecho administrativo.....	212
a) De nulidad.....	212
b) De anulabilidad	213
c) Efectos	213
D. Causas de derecho civil.....	216
E. Complementariedad de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.....	216
15. Perfección de los contratos.....	217
A. Modelo esencialmente formalista	217
B. Formalización contractual	219
16. Remisión de información contractual	221
A. Al Tribunal de Cuentas	221
B. A efectos de Gobernanza	223
a) Planteamiento general	223
b) Registro de Contratos del Sector Público	224
c) Informes específicos sobre procedimientos de adjudicación	225
d) Remisión de contratos de concesión de obras y de servicios e información al Comité Técnico de Cuentas Nacionales	227
e) Aportación de información por las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla	227
17. Gobernanza	228
A. Órganos competentes.....	228
a) Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (Oficina Nacional de Evaluación).....	228
b) Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública).....	231
B. Estrategia Nacional de Contratación Pública	232



Cuarta parte

NORMAS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-PODER ADJUDICADOR

1. Introducción.....	235
2. Tipología y régimen jurídico contractual	236
A. Contratos administrativos.....	237
a) Introducción	237
b) Contratos administrativos «típicos».....	238
1. Contrato de obras.....	238
2. Contrato de concesión de obras.....	245
3. Contrato de concesión de servicios.....	249
4. Contrato de suministro.....	259
5. Contrato de servicios.....	263
6. Régimen jurídico	268
c) Contratos administrativos especiales	269
1. Concepto	269
2. Régimen jurídico	271
d) Contratos mixtos.....	271
1. Introducción	271
2. Régimen jurídico	272
B. Contratos privados.....	274
a) Concepto.....	274
b) Ámbito de aplicación subjetivo	275
c) Régimen jurídico.....	275
3. Órganos de contratación	276
A. Autorización previa del Consejo de Ministros	276
B. Clases de competencia.....	279
C. Contratación centralizada.....	282
a) Introducción.....	282
b) Funcionalidad.....	283
c) Sistema Estatal de Contratación Centralizada.....	284
d) Sistema autonómico y local de contratación centralizada.....	287
4. Mesas de contratación	287
A. Concepto y naturaleza jurídica.....	287
B. Régimen jurídico.....	288



ÍNDICE

	Páginas
C. Mesas de contratación.....	289
<i>a)</i> Mesa de contratación general	289
1. Características generales	289
2. Funciones	290
3. Composición	293
4. Actas.....	299
<i>b)</i> Mesa Especial del Diálogo Competitivo o del Procedimiento de Asociación para la Innovación	300
<i>c)</i> Mesa de contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada.....	300
<i>d)</i> Jurado en concursos de proyectos.....	300
E. Alguna problemática a la que se enfrenta una mesa de contratación.	301
<i>a)</i> Fin del plazo de presentación de proposiciones o solicitudes de participación	301
<i>b)</i> Análisis de las condiciones especiales de ejecución.....	302
<i>c)</i> Comprobación de la situación concursal	303
<i>d)</i> Defectos en la documentación administrativa previa.....	304
<i>e)</i> Retirada de la oferta	309
<i>f)</i> Defectos en las proposiciones	310
F. Responsabilidad de los miembros de la mesa de contratación.....	311
5. Fase interna: Preparación de los contratos administrativos	312
A. Planteamiento estratégico del contrato	312
B. Naturaleza del contrato.....	313
C. Valor estimado del contrato.....	313
<i>a)</i> Planteamiento general.....	313
<i>b)</i> Sistema de cuantías aplicable al contrato de obras	314
<i>c)</i> Sistema de cuantías aplicable a los contratos de suministro y servicios.....	315
D. Contratos sujetos a regulación armonizada	316
E. Contratos reservados.....	317
<i>a)</i> Introducción	317
<i>b)</i> Contratos reservados	319
<i>c)</i> Reserva de ciertos contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud	320
F. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN	321
<i>a)</i> Planteamiento general.....	321
<i>b)</i> Especialidades propias de algunos contratos	325
1. Contrato de obras.....	325
2. Contrato de concesión de obras.....	329



	Páginas
3. Contrato de concesión de servicios.....	329
4. Contrato de suministro.....	331
5. Contrato de servicios.....	331
c) Pliegos de cláusulas administrativas.....	332
1. Concepto y naturaleza jurídica.....	332
2. Contenido.....	333
3. Pliegos de cláusulas administrativas generales	335
4. Pliegos de cláusulas administrativas particulares	335
5. Reglas interpretativas	337
6. Costes de publicación.....	339
d) Pliegos de prescripciones técnicas.....	340
1. Introducción.....	340
2. Pliego de prescripciones técnicas generales	343
3. Pliego de prescripciones técnicas particulares	343
4. Facultad de determinación de la Administración	344
5. Acreditación.....	344
6. Principio de neutralidad profesional	345
7. Modo de determinación.....	346
8. Criterio de accesibilidad universal.....	348
9. Marco referencial	351
10. Etiquetas.....	353
11. Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba.	355
e) Condiciones especiales de ejecución contractual.....	355
1. Planteamiento general	355
2. Obligatoriedad	357
3. <i>Numerus apertus</i>	357
4. Tutela de su cumplimiento	358
f) Modalidades de tramitación	359
1. Ordinaria.....	359
2. Extraordinaria.....	360
g) Procedimientos de adjudicación	365
h) Criterios de adjudicación	367
1. Planteamiento estratégico.....	368
2. Tipos.....	370
3. Condiciones.....	377
4. Mejoras	381
5. Aplicación de los criterios.....	385
6. Dinámica.....	385
7. Criterios de desempate.....	388
8. Renuncia a la revisión de precios.....	389
9. Experiencia	390



ÍNDICE

	Páginas
10. Caso del procedimiento abierto simplificado.....	391
11. Licitación desierta: Su carácter restrictivo	392
<i>i)</i> Contratos menores	392
6. Fase externa: Adjudicación de los contratos administrativos.....	401
A. Planteamiento general.....	401
B. Procedimientos abiertos	403
<i>a)</i> Introducción	403
<i>b)</i> Procedimiento abierto ordinario	404
<i>c)</i> Procedimiento abierto simplificado	406
1. Ordinario	406
2. Abreviado.....	410
C. Procedimiento restringido.....	411
D. Procedimientos de licitación con negociación	415
<i>a)</i> Introducción	416
<i>b)</i> Procedimiento de licitación con negociación y publicidad.....	419
<i>c)</i> Procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad ..	420
<i>d)</i> Tramitación.....	426
E. Procedimiento de diálogo competitivo y procedimiento de asociación para la innovación.....	431
<i>a)</i> Introducción.....	431
<i>b)</i> Procedimiento de diálogo competitivo	432
<i>c)</i> Procedimiento de asociación para la innovación.....	440
7. Decisión de no adjudicar y desistimiento del procedimiento.....	443
8. Adjudicación contractual	448
A. Introducción	448
B. Clasificación de las ofertas	448
C. Ofertas anormalmente bajas.....	462
9. Formalización contractual	468
A. Introducción	468
B. Informes previos	469
C. Dinámica	470
D. Publicidad	474
10. Ejecución de los contratos administrativos.....	476
A. Premisas	476
B. Principio de riesgo y ventura.....	477
C. Prerrogativas administrativas.....	482
<i>a)</i> Introducción	482



	Páginas
<i>b)</i> Régimen jurídico.....	484
1. General.....	484
2. Contrato de concesión de obras.....	484
3. Contrato de concesión de servicios.....	490
<i>c)</i> Procedimiento.....	490
D. Ejecución parcial o defectuosa.....	492
<i>a)</i> Introducción.....	492
<i>b)</i> Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso.....	493
<i>c)</i> Demora en la ejecución del contrato.....	494
<i>d)</i> Daños y perjuicios e imposición de penalidades.....	496
<i>e)</i> Resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución.....	496
E. Daños a terceros.....	497
F. Modificación contractual.....	501
<i>a)</i> Introducción.....	503
<i>b)</i> Ámbito de aplicación.....	505
<i>c)</i> Premisas de la modificación contractual.....	505
<i>d)</i> Causas habilitantes.....	507
1. Modificación de contenido presupuestario.....	507
2. Modificaciones incluidas en los pliegos.....	508
3. Otras modificaciones.....	510
4. Modificaciones de contratos basados en un acuerdo marco.....	516
<i>e)</i> Especificidades aplicables a ciertos contratos.....	522
1. Contrato de obras.....	522
2. Contrato de concesión de obras.....	525
3. Contrato de concesión de servicios.....	526
<i>f)</i> Procedimiento.....	527
G. Suspensión contractual.....	529
H. Extinción contractual.....	530
<i>a)</i> Cumplimiento contractual.....	531
1. Regulación general.....	531
2. Reglas especiales.....	536
<i>b)</i> Resolución contractual.....	542
1. Introducción.....	542
2. Causas generales.....	543
3. Causas específicas.....	551
11. Pago del precio.....	559
A. Planteamiento general.....	560



ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
B. Modalidades de pago	561
a) Introducción	561
b) Plazos	565
C. Transmisión de los derechos de cobro.....	573
D. Responsabilidad de la administración por deudas del contratista.....	574
a) Por impago de salarios o cuotas de la Seguridad Social.....	574
b) Por deudas tributarias.....	580
E. Caso de huelga.....	583
12. Plazo de garantía y responsabilidad del contratista.....	585
13. Cesión contractual.....	588
14. Subcontratación.....	592
A. Introducción	592
B. Naturaleza jurídica.....	593
C. Ámbito de aplicación.....	595
D. Régimen jurídico	596
E. Pagos a subcontratistas y suministradores.....	600
F. Pagos directos a los subcontratistas	605

Quinta parte

POSIBILIDADES ESTRATÉGICAS QUE OFRECE LA INTRODUCCIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Planteamiento general	607
A. Antecedentes	607
B. Últimas novedades.....	611
a) Ley de Transparencia y Buen Gobierno.....	611
b) Ley de Factura Electrónica.....	612
C. Perspectivas de futuro y la LCSP.....	613
2. Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos.....	623
A. Introducción	623
B. Subasta electrónica.....	623
a) Contenido.....	623
1. Concepto	623



	Páginas
2. Ámbito de aplicación subjetivo.....	624
3. Ámbito de aplicación objetivo.....	625
4. Requisitos.....	625
5. Supuesto general.....	626
6. Formas de desarrollo.....	627
7. Cierre de la subasta.....	627
b) Dificultad de implementación.....	628
C. Sistema dinámico de adquisición.....	630
D. Factura electrónica.....	630
a) Introducción.....	630
b) La Ley de impulso a la factura electrónica.....	632
1. Entorno en el que se enmarca.....	632
2. Proceso de implementación.....	633
c) Breve referencia al futuro de la regulación de la factura electrónica.....	641

Sexta parte

RÉGIMEN DE RECURSOS

1. Planteamiento general.....	645
A. Largo desencuentro con la contratación pública comunitaria.....	645
a) Olvido de la transposición de la Directiva de Recursos.....	645
1. Introducción.....	645
2. Consecuencias de la ausencia de transposición.....	646
b) Sucesivas condenas al Reino de España.....	647
c) Modificación del modelo.....	648
1. Doctrina recogida en la STJUE de 3 de abril de 2008.....	648
2. Impulso de la reforma.....	649
2. Dualidad del sistema.....	652
A. Recurso especial en materia de contratación.....	653
a) Naturaleza jurídica.....	653
b) Ámbito de aplicación.....	655
1. Objetivo.....	655
2. Subjetivo.....	657



ÍNDICE

	Páginas
<i>c)</i> Legitimación	660
1. Planteamiento general.....	660
2. Supuestos especiales.....	662
<i>d)</i> Órgano competente	664
1. Antecedentes	664
2. Modelo del sistema español.....	665
3. Órganos competentes en la Administración General del Estado.....	666
4. Órganos competentes en la Administración Autonómica y Local.....	669
<i>e)</i> Procedimiento.....	671
1. Iniciación.....	671
2. Instrucción	680
3. Resolución.....	682
B. Recursos ordinarios en vía administrativa	687
<i>a)</i> Ámbito de aplicación.....	687
<i>b)</i> Legitimación	689
<i>c)</i> Objeto	690
<i>d)</i> Procedimiento.....	690
1. Órgano de contratación con competencia originaria o des- concentrada	690
2. Órgano de contratación con competencia delegada	691
<i>e)</i> Efectos	691
3. Medidas cautelares.....	692
4. Orden jurisdiccional competente	695
A. Introducción	695
B. Entidades contratantes	696
<i>a)</i> Administración Pública-Poder Adjudicador.....	696
<i>b)</i> No Administración Pública-Poder Adjudicador.....	697
<i>c)</i> No Poder Adjudicador.....	697
BIBLIOGRAFÍA.....	699



PRÓLOGO

Dar inicio a esta nueva obra de los profesores Álvaro Canales Gil y Justo Alberto Huerta Barajas sobre la reciente Ley de Contratos del Sector Público es motivo de satisfacción por varias razones. La primera porque el libro que ahora presento ha supuesto un reto no sólo por la complejidad de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sino también por la prontitud con que los autores han dado respuestas a los interrogantes que suscita la nueva normativa, fruto además de una legislatura políticamente compleja.

En segundo lugar, porque esta monografía es una obra didáctica, pero al tiempo rigurosa en el análisis de sus contenidos, fruto de la experiencia de los autores, dos de los máximos expertos en contratación pública, que tiene reflejo en el ámbito de la investigación (ambos son Doctores en Derecho) y de la academia, sobre todo en la formación de postgrado universitario, pero también en el del conocimiento directo de su aplicación, fruto de su dedicación al control de la contratación como interventores y auditores.

En fin, la presente obra no se conforma tan sólo con explicar el contenido y la aplicación de Ley 9/2017, lo que ya de por sí es muy de agradecer. Este cometido, fruto de una intensa y rigurosa labor investigadora, presenta además características verdaderamente particulares motivadas por estar ante una norma muy compleja no sólo en su interpretación sino también en su aplicación, que en algunos casos –como el relativo a su ámbito subjetivo– incorpora perspectivas novedosas que alcanzan a la aplicación misma de normas de derecho público por parte de entidades privadas, al tiempo que incorpora categorías jurídicas procedentes de la normativa presupuestaria, que los autores conocen de primera mano, lo que permite un mejor acceso a sus intrincados preceptos.

La nueva Ley señala en su Exposición de Motivos que «se sigue el esquema creado por la anterior regulación de 2007, que establece como uno de los ejes de la aplicación de la Ley el concepto de poder adjudicador, que se impone como consecuencia de la incorporación al derecho español de la anterior Directiva comunitaria de 2004» y ha pretendido llevar a cabo una transposición casi lineal de las Directivas del Parlamento



Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. No obstante, y pese a que cabría pensar que la transposición de tales Directivas al ordenamiento jurídico interno se habría centrado en exclusiva en incorporar estrictamente su contenido, lo cierto es que, como se advierte en la obra, no ha sido exactamente así. Entre otras razones porque el proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros recibió en su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados nada menos que un total de 1.080 enmiendas, buena parte de las cuales –975– se han incorporado, con diferente acierto, al texto definitivamente aprobado, que también incluye 3 de las 104 enmiendas presentadas en el Senado.

La impresión que causa la Ley es que se ha perdido, en buena parte, el objetivo de transposición de las Directivas que se tenía presente al elaborar, fundamentalmente en el seno del entonces Ministerio de Hacienda y Función Pública, el proyecto de ley presentado el 2 de diciembre de 2016. Por eso es especialmente relevante que los autores nos presenten una obra que no dudo en considerar ya de obligada consulta para quienes nos movemos de alguna manera en el ámbito de la contratación pública en general y para las entidades adjudicadoras y los licitadores en particular. No es nada fácil analizar con rigor y exponer la fase interna de cada contrato, explicando las diferentes posibilidades que admite la Ley 9/2017, y remitiendo al lector, a través de más mil quinientas notas a pie de página, a los comentarios doctrinales y a la diversa documentación que sirve de base para implementar cada una de las disposiciones de la Ley (1).

Por otra parte, esta obra incorpora además de gráficos explicativos, la posibilidad de comparar en formato electrónico los textos que los autores elaboraron para analizar las diferencias entre la anterior normativa y la nueva Ley 9/2017 junto con el compromiso de actualización electrónica de la obra, hecho que supone un hito que facilitará al lector mantenerse siempre informado de la normativa vigente. Insisto en que esta circunstancia no hace de la obra un texto meramente práctico de los que ya hay expresiones semejantes en el mundo editorial; muy al contrario es una evidencia más del profundo conocimiento que los autores tienen de una materia nada fácil y necesitada de reflexión desde la realidad concreta de la contratación pública.

En consecuencia, no estamos ante una obra más en materia de contratos del Sector Público, sino ante una monografía en la que los autores aciertan a aunar con maestría y conocimiento de primera mano el terreno que pisan, los planteamientos teóricos-conceptuales de la contratación del Sector Público y los incontables entresijos prácticos que complican la aplicación de la Ley por quienes están llamados a hacerlo en el seno de las Administraciones Públicas. Álvaro Canales y Justo Alberto Huerta suman con esta obra nuevos planteamientos a la doctrina de referencia en la materia, y lo hacen de

(1) No parece inoportuno recordar que la Ley 9/2017 consta de 347 artículos, 53 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición final, 16 disposiciones derogatorias y 6 anexos. Por ello cualquier obra que, como la que ahora prologo, nos permita conocer y comprender mejor la Ley ha de ser necesariamente bienvenida.



PRÓLOGO

forma brillante y rigurosa. El lector, el científico, investigador, el empresario, juez, abogado o personal de las Administraciones Públicas, agradecerá sin duda que esta obra vea la luz y concluirá que, como digo, no es una más entre las obras que hay sobre contratación pública, sino un trabajo de primera línea que analiza con profundidad uno de los más importantes ámbitos de la actividad de las Administraciones Públicas.

Madrid, 1 de junio de 2018

José Luís Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo
*Vocal Permanente y Presidente de la Sección de Derecho Público
de la Comisión General de Codificación*



GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

ACUAES	Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas de España.
ACUAMED	Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas Mediterráneas.
ADIF	Administrador de Infraestructuras Ferroviarias.
AGE	Administración General del Estado.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CCCP	Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública.
CNAE	Clasificación Nacional de Actividades Económicas.
CPV	En inglés, « <i>Common Procurement Vocabulary</i> », Vocabulario común de contratos públicos.
DIGENECO	Director General de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa.
DIRECTIVA 2014/23/UE	Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
DIRECTIVA 2014/24/UE	Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
DIRECTIVA 2014/55/UE	Directiva 2014/55/UE del Parlamento y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores.
FACe	Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado.
GATT	Acuerdo General sobre las Tarifas Aduaneras y el Comercio.
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado.
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales.
INECO	Ingeniería y Economía del Transporte, S. A.
INGESA	Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
ISDEFE	Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S. A.



COMENTARIOS A LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ISM	Instituto Social de la Marina.
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido.
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
JCCPE	Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.
LAE	Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
LCSPSD	Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad.
LFE	Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.
LFTC	Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LTAIP	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.
MERCASA	Mercados Centrales de Abastecimiento, S. A.
MOUs	Memorandos de Entendimiento.
NODECOS	Orden 283/1998, de 15 de octubre, sobre presentación y auditoría de ofertas y normas sobre los criterios a emplear en el cálculo de costes en determinados contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de los servicios del Ministerio de Defensa.
OIRSC	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.
ONE	Oficina Nacional de Evaluación.
PCAG	Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales.
PCAP	Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.
PMPP	Periodo medio de pago a proveedores.
PPTS	Pliegos de Prescripciones Técnicas.
PYMES	Pequeñas y medianas Empresas.
RENFE	Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles.
RGTRLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
ROLECE	Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SASEMAR	Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo.



GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

SEPI	Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.
SSAN	Sentencias de la Audiencia Nacional.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRAGSA	Empresa de Transformación Agraria, S. A.
TRAGSATEC	Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A.
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia.
UTE	Unión Temporal de Empresarios.



INTRODUCCIÓN

Estamos viviendo un tercer impulso en la implementación de la normativa comunitaria de contratación pública que, sin embargo, no coincide solamente con el paso de las Directivas Clásicas (92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, aplicables respectivamente a los contratos de servicios, suministros y obras) a las Directivas últimas (2004/18/UE, 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/55/UE). Nos referimos a la progresión desde un modelo contractual formal, caracterizado por el cumplimiento de un montón de requisitos documentales, a un modelo material, en el que lo fundamental es identificar si realmente el esfuerzo contractual ha respondido a los principios que se proclaman no únicamente en la Ley de contratos en vigor en cada caso, sino en el resto del ordenamiento jurídico aplicable (esencialmente, la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley General Presupuestaria y, muy importante, la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno).

Desde el indicado punto de vista, el primer momento vino representado por la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo contenido troncal se ha mantenido en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien muy mediatizado por la reforma propiciada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que supuso, nada más y nada menos, que un cambio de modelo en nuestro sistema contractual con abandono del sistema consensual de origen francés a consecuencia con los escauceos del Legislador Español en torno a la implementación del recurso especial en materia de contratación que siempre había evitado al entender que el contenido de la



Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, no necesitaba ser transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico interno (1).

El segundo momento, vino motivado por la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en la que, curiosamente, se contemplaban más obligaciones de publicidad activa en materia contractual que las impuestas a los órganos de contratación por el mencionado Real Decreto Legislativo 3/2011.

Finalmente, nos encontramos, a juicio de los autores de esta obra, en el tercer momento en el que la contratación del Sector Público apuesta por unas altas dosis de transparencia y objetividad pero arrastra una serie de prejuicios de modo que, ya desde antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), los órganos de contratación no confían en poder cumplir tan altos objetivos.

En esta obra esperamos poder dar cumplida respuesta a estas ideas.

(1) La Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, señalaba lo siguiente: «No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido».



PRIMERA PARTE

METODOLOGÍA DE LA LEY

El sistema previsto en la LCSP, que a continuación se va a comentar, se corresponde con el reflejado en los siguientes gráficos:

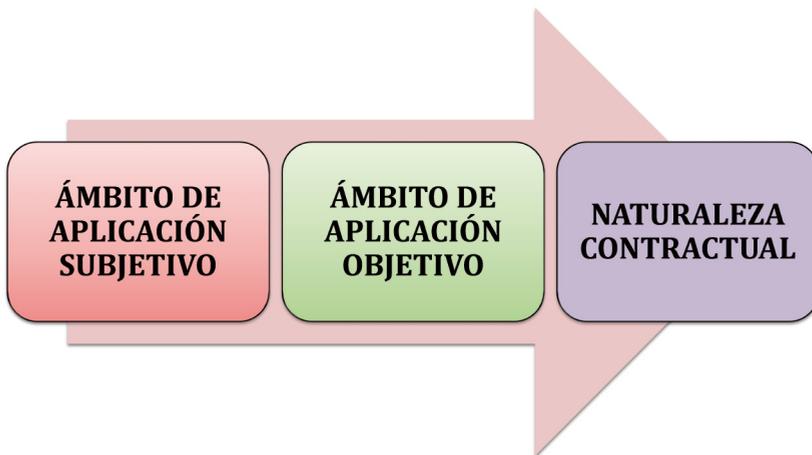


Gráfico número 1



Gráfico número 2

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, insiste en señalar que *«se sigue el esquema creado por la anterior regulación de 2007, que establece como uno de los ejes de la aplicación de la Ley el concepto de poder adjudicador, que se impone como consecuencia de la incorporación al derecho español de la anterior Directiva comunitaria de 2004»*.

De inmediato surge la pregunta obligada: ¿Es realmente así?

La respuesta ha de ser ecléctica. Solo a medias. Nos explicaremos.

Desde el punto de vista subjetivo, la LCSP introduce una serie de novedades que la separan del modelo que se había autoimpuesto el Legislador en 2007 cuando entendía, básicamente, que el modelo de Sector Público que iba a manejar era el propio de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en lo sucesivo, LGP), y utilizaba reiteradamente en los tres apartados del artículo 3 la muletilla, *«a los efectos de esta Ley»*, en una clara consciencia de que estaba aplicando un modelo distinto al administrativo derivado de la por entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Ahora, la LCSP mantiene esa expresión pero se separa de los parámetros que sirven para diferen-

ciar los tres tipos de Sector Público –administrativo, empresarial y fundacional– a tenor de la LGP. Por tanto, a nuestro juicio, la LCSP se ha separado del modelo anterior y, en consecuencia, por mucho que lo exprese en su Exposición de Motivos, no se sigue el esquema creado por la anterior regulación.

En cuanto al contenido del Sector Público, las novedades materiales contenidas en el artículo 3 de la LCSP son las siguientes:

1. Incorpora al ámbito de la Administración Territorial a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla de acuerdo con lo previsto, respectivamente, en las Leyes Orgánicas 1/1995 y 2/1995, de 13 de marzo.

2. Modifica la redacción del apartado *c)* del artículo 3.1 en el sentido de introducir la referencia a las «*Autoridades administrativas independientes*», a tenor de lo previsto en el Capítulo IV de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP). De este modo, se suprimen las referencias a las agencias estatales así como a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al Sector Público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad (2).

3. Se incluyen en el apartado *d)* del mencionado artículo 3.1, los consorcios regulados por la legislación aduanera.

4. Se incluye, en el apartado *e)* del citado artículo 3.1, la expresa referencia a la naturaleza jurídica «*pública*» de las fundaciones que conforman el Sector Público y se incorpora el contenido del artículo 128.1 de la LRJSP, con unas pequeñas modificaciones para extender su ámbito más allá del propio del Sector Público institucional estatal.

Respecto de esta novedad se observa la siguiente disfunción: El mencionado artículo 128.1 de la LRJSP no tiene el carácter de normativa básica mientras que, por el contrario, el apartado *e)* del artículo 3.1 de la LCSP sí posee tal carácter. Esta circunstancia, sin duda, dará problemas la hora

(2) Sería el caso, por ejemplo, de lo previsto en el artículo 42.1 y 2 del Real Decreto 215/2014, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, en el que se establece que «1. La actividad contractual de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal queda sujeta al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como a su normativa de desarrollo.

2. A los citados efectos, aplicará el régimen previsto en las citadas normas para las Administraciones Públicas».

En otros casos, como por ejemplo el del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (art. 25 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno), sería deseable que se dejara expresa constancia del régimen jurídico aplicable en materia de contratación.



de su aplicación en el ámbito no estrictamente estatal, si es que alguna comunidad autónoma ha procedido a regular de manera diferente la figura de la fundación pública.

5. En el apartado *f)* se completa la referencia a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que se recogía en el apartado *g)* del artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, *TRLCSP*) para hacerlo, a tenor de lo previsto en la disposición adicional primera Ley 35/2014, de 26 de diciembre, a las «*Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social*».

6. En el apartado *h)*, respecto de las sociedades mercantiles estatales, introduce el contenido previsto en el artículo 111.1 de la LRJSP.

Sin embargo, en esta novedad, al igual que lo que se ha señalado a propósito del apartado *e)*, se establece que el mismo es básico mientras que el mencionado precepto de la LRJSP, a tenor de la disposición final decimocuarta, no goza de tal carácter lo que también supondrá dificultades a la hora de su aplicación, si es que alguna comunidad autónoma ha entrado a regular la figura de las sociedades públicas de forma diferente.

Una vez pormenorizado el contenido del Sector Público, el Legislador entra a resaltar, en el artículo 3.2 y 3 y en la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LCSP, las entidades que serán consideradas Administraciones Públicas-Poder Adjudicador y las que sin serlo sí serán Poder Adjudicador a los efectos de la LCSP:

1. En este particular, ninguna novedad sobre las entidades que integran la Administración territorial, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las universidades públicas, las autoridades administrativas independientes, y los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo: Todas ellas serán Administraciones Públicas-Poder Adjudicador.

Ahora bien, lo que sí desaparece es la referencia al artículo 3.1.*b)* de la LGP que eran reproducidos en el apartado *e)* del artículo 3.2 del *TRLCSP* y que, precisamente, marcan los criterios para que una entidad, de cumplirlos, formara parte del Sector Público estatal administrativo encuadrándose, en caso contrario, en el Sector Público empresarial.



En su lugar, en el nuevo apartado b) del artículo 3.2 de la LCSP, se acude al criterio de que la entidad en cuestión reúna las condiciones para ser «*organismo de derecho público*» desde el punto de vista de la normativa comunitaria y de que, además, no se financie mayoritariamente con ingresos de mercado, entendiéndose que ello es así cuando no tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

Es preciso señalar que dicho cambio de criterio no viene impuesto por ninguna de las Directivas que se transponen por la LC (3)SP.

Esta situación podría producir la disfunción siguiente:

– El régimen de control ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado (en lo sucesivo, IGAE) se sigue fundamentando sobre las condiciones previstas en el artículo 3.1.b) de la LGP, si bien

(3) Tampoco hay que atribuírselo a la tramitación parlamentaria puesto que su redacción ya se incluía en el Proyecto de Ley 121/000002 de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOCG-12-A-2-1, de 2 de diciembre de 2016).

El Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de marzo de 2016, realizado sobre el Anteproyecto de Ley, no advirtió de ninguna observación en este sentido indicando solamente que «*Por el contrario, las Directivas pivotan sobre unos principios que casi son diametralmente opuestos a las mencionadas ideas. Están animadas por unas categorías -más propias del derecho anglosajón que del continental- alejadas de toda formalidad que persiguen ante todo el funcionamiento transparente del mercado de la contratación pública. Se considera que, asegurando la transparencia del mercado, se garantiza el principio de igualdad. No se trata ya de garantizar la eficacia de la gestión administrativa -que pasa a un segundo plano- sino la del mercado*» (Apartado III) y, en relación al artículo 3 del Anteproyecto, que «*las nociones de poder adjudicador y Administración pública se definen por el actuar en el mercado en unas condiciones singulares, distintas de las normales*».

La referencia al Sistema Europeo de Cuentas trae causa del Reglamento UE 549/2013, de 21 de mayo, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (en lo sucesivo, SEC 2010), aplicable a las cuentas económicas que se publiquen a partir del 1 de septiembre de 2014. El efecto de la adopción del SEC 2010 es el paso de la Contabilidad Nacional de España base 2008 (CNE 2008), a la nueva CNE 2010. Respecto al Sistema Europeo de Cuentas de 1995, el SEC 2010 aunque mantuvo la estructura en los primeros 13 capítulos, sin embargo introdujo 11, entre ellos el 20 dedicado a las Cuentas de las Administraciones Públicas en las que se refuerza el criterio de control público de una entidad, ampliando los indicadores que deben tenerse en cuenta para determinar si una entidad está o no controlada por éstas, y se revisan los requisitos que han de cumplir las unidades públicas para que puedan ser consideradas como unidades de mercado.

Para que una unidad (entidad económica que se caracteriza por su autonomía de decisión en el ejercicio de su función principal) pueda ser considerada productor de mercado ha de ofrecer toda o la mayor parte de su producción a terceros de forma onerosa o a precios económicamente significativos, siempre que los bienes y servicios se negocien en las siguientes condiciones:

- Los vendedores tratan de aumentar al máximo sus beneficios a largo plazo y para ello venden sus bienes y servicios libremente en el mercado a cualquiera que pague el precio que piden.

- Los compradores tratan de aumentar al máximo su utilidad, ya que disponen de recursos limitados, y para ello compran los productos que responden mejor a sus necesidades al precio propuesto.

- Existen mercados eficaces a los que compradores y vendedores tienen acceso y sobre los que tienen información.

En conclusión, y tal y como se define en el SEC 2010: «*El sector administraciones públicas incluye todas las unidades institucionales que son productores no de mercado cuya producción se destina al consumo individual o colectivo, que se financian mediante pagos obligatorios efectuados por unidades pertenecientes a otros sectores y que efectúan operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional*».



es cierto que la metodología que se utiliza para ello es la propia del Sistema Europeo de Cuentas.

– La IGAE viene confeccionado hace tiempo el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal con tal éxito que, finalmente, la LRJSP en su artículo 82 ha consagrado la conveniencia de su llevanza procediendo a extender su utilidad a los ámbitos autonómico y local.

– Cada entidad ha de fijar su régimen de sujeción al ámbito de la LCSP. Por ello, sería deseable que esta premisa, que resulta fundamental para el diseño del modelo contractual, no se dejase a la labor interpretativa y, tal vez, interesada de la misma. Podría darse el caso, verdaderamente desafortunado, de que una entidad estuviese siendo controlada como Sector Público administrativo y, sin embargo, pudiera no contratar como Administración Pública-Poder Adjudicador.

2. La cuestión se va complicando con el resto de entidades pues, salvo las fundaciones públicas, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y las asociaciones que por expresa disposición de la LCSP siempre serán No Administraciones Públicas-Poderes Adjudicadores, ninguna tiene vetado formar parte de cada uno de los sub-ámbitos de aplicación subjetivos de la LCSP. Para ello, si una entidad no fuera Administración Pública-Poder Adjudicador, habría entonces que compararla con el cumplimiento de las tres condiciones acumulativas que se desprenden del concepto comunitario de «*organismo de derecho público*», que se recoge en el apartado *d*) del artículo 3.3 de la LCSP. Las que las cumplieran, por tanto, serían No Administración Pública-Poder Adjudicador, mientras que las que no, serían No Administración Pública-No Poder Adjudicador.

Una vez que la naturaleza jurídica de la entidad del Sector Público ha quedado inmersa en alguno de los tres grupos que se decantan de la aplicación del artículo 3 de la LCSP puede predicarse su grado de vinculación a la aplicación de la misma que, dicho sea de paso, el Legislador ha querido que sea superior tanto en el caso del No Administración Pública-Poder Adjudicador como en el de No Administración Pública-No Poder Adjudicador.

2. CONTRATACIÓN DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-PODER ADJUDICADOR

El sistema previsto en la LCSP respecto a los contratos que puede celebrar una Administración Pública-Poder Adjudicador y al régimen jurí-



dico aplicable, que a continuación se van a comentar, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

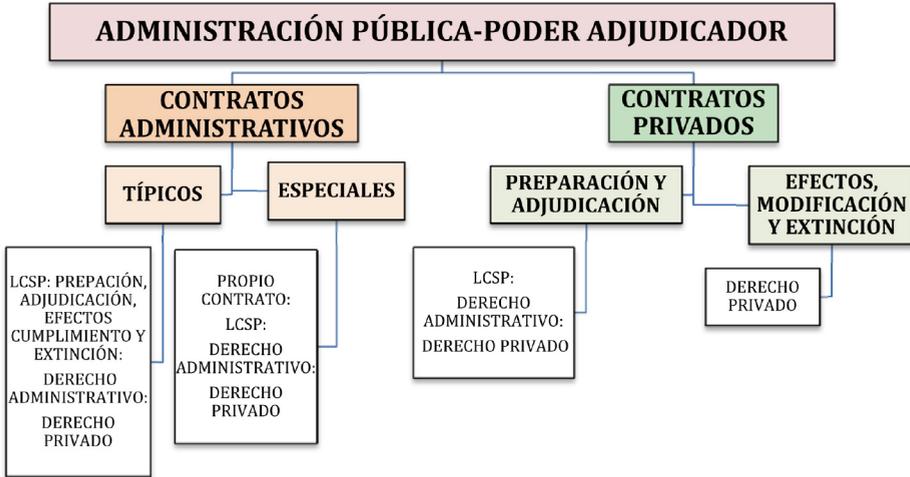


Gráfico número 3

Se trata de un nivel reservado, como ya se ha apuntado, para las entidades del Sector Público que se integran en el concepto de «*Administraciones Públicas*» y, por tanto, de Poder Adjudicador establecido específicamente para la aplicación de la LCSP en su artículo 3.2 y 3 y en la disposición adicional cuadragésima cuarta.

Dichas entidades serán las únicas que podrán celebrar contratos administrativos, ya sean «*típicos*» (contratos administrativos de obras, de concesión de obras, de concesión de servicios, de suministro, y de servicios, que se regularán conforme a lo previsto en los artículos 12 a 17 y 25.1.a) o contratos administrativos especiales en los términos previstos en el citado artículo 25.1.b).

Además de los mencionados contratos administrativos, las «*Administraciones Públicas*» podrán realizar contratos privados en los términos previstos en el segundo párrafo del artículo 26.1.a) y 2 de la LCSP.

3. CONTRATACIÓN DE UNA NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-PODER ADJUDICADOR

Como ya se ha señalado, en este nivel se encontrarán las entidades que no encuentran cabida en el artículo 3.2 y en la disposición adicional cuadragésima cuarta, es decir, no pueden gozar de la naturaleza de Admi-



nistración Pública-Poder Adjudicador a los efectos de la LCSP pero que sí pueden incluirse en la categoría de Poder Adjudicador, bien por expresa voluntad del Legislador (fundaciones públicas, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y asociaciones), bien por reunir las tres condiciones acumulativas del concepto comunitario de «organismo de derecho público», recogidas en el artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE y reproducido en el artículo 3.1.j) y 3.3.d) de la LCSP, a saber entidades:

- Que tengan personalidad jurídica propia.
- Que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (4).

(4) Véanse las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en los sucesivos, TJUE):

– Sentencia de 15 de enero de 1998, Asunto C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros* señaló que los tres requisitos «*tienen un carácter acumulativo*», y que, respecto al primero, se advierte que «*dicha entidad [se refería a la «Österreichische Staatsdrückerei», imprenta estatal austriaca], en virtud de la legislación que la regula, ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil*» (apartado 24). Añade, «*Es indiferente que la satisfacción de necesidades de interés general solo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por la OS, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer*».

– Sentencia de 10 de noviembre de 1998, Asunto C-360/96, *BFI Holding*, precisó que «*la existencia de una competencia desarrollada y, en particular, el hecho de que el organismo de que se trate actúe en situación de competencia en el mercado, puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil*».

– Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Asunto 31/87, *Beentjes*, sobre la interpretación funcional que debe atribuirse al concepto de entidad adjudicadora, de modo que se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer. Por consiguiente, la existencia o inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de apreciarse objetivamente.

– Sentencia del TJUE de 10 abril 2008, caso *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt contra Fernwärme Wien GMBH*, ratifica la doctrina denominada comúnmente «*teoría del contagio*» formulada ya en la Sentencia relativa al caso *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, y afirma que «*es indiferente que, además de su misión de interés general, dicha entidad también lleve a cabo otras actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general que está específicamente obligada a satisfacer. La importancia relativa que tengan las actividades ejercidas con fines lucrativos en el marco de las actividades globales de dicha entidad tampoco resulta pertinente a efectos de su calificación como organismo de Derecho público (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartado 25; de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. pg. I-1931, apartado 56, así como Korhonen y otros, antes citada, apartados 57 y 58)*». «*Recuérdese a este respecto que la problemática que subyace en esta cuestión fue examinada por primera vez por el Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, que tenía por objeto la interpretación de la Directiva 93/37 sobre los contratos públicos de obras. En el apartado 35 de la citada sentencia, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que todos los contratos celebrados por una entidad que tenga la consideración de poder adjudicador, sea cual fuere su naturaleza, deben someterse a las normas de dicha Directiva*». «*El Tribunal de Justicia reiteró esta posición en relación con los contratos públicos de servicios, en las sentencias BFI Holding (apartados 55 y 56) y Korhonen y otros (apartados 57 y 58), antes citadas, así como, en lo que atañe a los contratos públicos de suministro, en la sentencia Adolf Truley antes citada (apartado 56). Esa posición es asimismo aplicable a la Directiva 2004/18, que constituye una refundición de las disposiciones de todas las Directivas anteriores en materia de adjudicación de contratos públicos, a las que ha sustituido (véase, en este sentido, la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, antes citada, apartado 30)*». «*Esta conclusión también se aplica a las entidades*



– Que uno o varios sujetos pertenecientes al Sector Público financiasen mayoritariamente su actividad (5), controlasen su gestión, o nombra-

cuya contabilidad tiene por finalidad una separación neta interna entre las actividades que desarrollan para llevar a cabo su misión de satisfacer necesidades de interés general y las actividades que desempeñan en condiciones de competencia». «En efecto, como destaca el Abogado General en los puntos 64 y 65 de sus conclusiones, puede dudarse seriamente que sea efectivamente posible trazar esa separación entre las diferentes actividades de una entidad que constituye una persona jurídica única, tiene un régimen patrimonial y de propiedad único y cuyas decisiones en materia de dirección y gestión son adoptadas de forma unitaria, y ello incluso haciendo abstracción de otros numerosos obstáculos de orden práctico sobre el control, ex ante y ex post, de la separación radical entre los diferentes ámbitos de actividad de la entidad de que se trata y de la pertenencia de la actividad en cuestión a uno u otro ámbito».

(5) Véanse las siguientes sentencias del TJUE:

– Sentencia de 13 diciembre 2007, *Caso Bayerischer Rundfunk y otros contra Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, en la cuestión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Alemania) sobre si los organismos públicos de radiodifusión alemanes (*Landesrundfunkanstalten*) que se encuentran mayoritariamente financiados por el canon que pagan los telespectadores y no con ninguna financiación ni control públicos son entidades adjudicadoras, señaló que «Para interpretar el concepto de “financiación por el Estado” o por otras entidades públicas, es preciso referirse al objetivo de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, tal como se recoge en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia». «Conforme a esta jurisprudencia, el objetivo de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos consiste en excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico (sentencia *University of Cambridge* antes citada, apartado 17, y la jurisprudencia citada)». «El Tribunal de Justicia recoge estos objetivos y añade que el concepto de “entidad adjudicadora”, incluido el de “organismo de Derecho público”, debe recibir una interpretación funcional (sentencia de 1 de febrero de 2001, *Comisión/Francia*, C-237/99, Rec. p. I-939, apartados 42 y 43, y la jurisprudencia citada)». «Un modo de financiación de los organismos públicos de radiodifusión como el examinado en el asunto principal debe evaluarse a la luz de estos objetivos y en función de estos criterios, lo que implica que el concepto de “financiación por el Estado” ha de recibir también una interpretación funcional». «Por último, procede señalar que, a la luz del enfoque funcional antes mencionado, como acertadamente indica la Comisión de las Comunidades Europeas, no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público, cuando el Estado percibe en primer lugar el canon y luego pone a disposición de los organismos públicos de radiodifusión los ingresos procedentes de dicho canon, o que el Estado conceda a dichos organismos el derecho de percibir el canon por sí mismos». «Por consiguiente, es preciso concluir que una financiación como la analizada en el asunto principal, que tiene su origen en un acto del Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas de poder público, cumple el requisito de “financiación por el Estado”, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos». «Esta forma de financiación indirecta basta para que se cumpla el requisito relativo a la “financiación por el Estado” previsto en la normativa comunitaria, sin que sea necesario que el propio Estado establezca o designe un organismo público o privado encargado del cobro del canon».

– Sentencia de 11 junio 2009, *Caso Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg*, en el que se analiza la cuestión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Alemania) sobre «la interpretación del artículo 1, apartados 2, letras c) y d), 4, 5 y 9, párrafo segundo, letra c), primera y segunda alternativa, de la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114)», el Tribunal declaró que «... de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el texto del artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), primera alternativa, de la Directiva 2004/18 no contiene ninguna precisión respecto a las modalidades conforme a las cuales debe efectuarse la financiación a la que se refiere esta disposición. Así, en particular, dicha disposición no exige que la actividad de los organismos considerados esté directamente cumplido el requisito correspondiente. Por tanto, una forma de



sen a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (6).

De acuerdo con lo señalado, resultará obligado analizar caso a caso si cada entidad del Sector Público reúne materialmente las citadas condiciones, con independencia de la personificación jurídica que se le haya atribuido desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno. Si cualquiera de las citadas entidades las cumpliera, es decir tuviera la naturaleza de No Administración Pública-Poder Adjudicador, únicamente podrá celebrar contratos privados dependiendo la mayor o menor extensión de la aplicación de la LCSP, de dos variables más: Por un lado, de la tipicidad del objeto contractual, y, por otro, de la posible sujeción de dichos contratos, en función de su valor estimado, al régimen de regulación armonizada.

Las alternativas en las que podrían llegar a encontrarse los contratos que celebrara una entidad de dicha naturaleza podrían ser que las siguientes:

1. En cuanto a la regulación por parte del Derecho Administrativo:

– Que el contrato privado fuera típico, es decir, que su objeto coincidiera con el de cualquiera de los contratos administrativos «típicos» desarrollados por una Administración Pública-Poder Adjudicador a los efectos de la LCSP (arts. 12 a 17).

En tal caso, el contrato privado podría, en función de su valor estimado, superar o no el umbral comunitario y, por tanto, estar o no sujeto a

financiación indirecta basta a este respecto (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, Rec. p. I-11173, apartados 34 y 49)». «Por tanto, procede considerar, como en las conclusiones a las que llegó el Tribunal de Justicia en el apartado 48 de la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, antes citada, que una financiación, como la analizada en el asunto principal, de un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos».

(6) Véase la Sentencia del TJUE de 12 septiembre 2013 en la que, a raíz de un contrato celebrado por el Colegio Profesional de Médicos de Westfalia-Lippe, el Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf), planteó de oficio una cuestión prejudicial sobre si el citado Colegio cumplía o no el requisito recogido en el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2004/18/CEE (que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de estos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos). Finalmente señaló que «El artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2004/18/CEE ..., debe interpretarse en el sentido de que un organismo como un colegio profesional de Derecho público no cumple ni el criterio relativo a la financiación mayoritaria por parte de los poderes públicos cuando dicho organismo está mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados, estando facultado por la ley para fijar las cuotas y cobrar su importe, en el caso de que dicha ley no determine el alcance ni las modalidades de las acciones que el mencionado organismo lleva a cabo en el marco del cumplimiento de sus funciones legales, que las mencionadas cuotas deben financiar, ni el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos por el mero hecho de que la resolución en cuya virtud el mismo organismo fija el importe de las citadas cuotas deba ser aprobada por una autoridad de supervisión».



regulación armonizada a tenor de lo previsto en el artículo 19 de la LCSP. En tal situación, podría presentarse, a su vez, la siguiente alternativa:

- Que el contrato privado fuera típico y que estuviera sujeto a regulación armonizada porque su valor estimado superara el correspondiente umbral comunitario (7), en cuyo caso, a tenor de lo previsto en el artículo 317, deberá aplicarse a las fases de preparación y adjudicación las mismas exigencias que para una Administración Pública-Poder Adjudicador (8).

- Que el contrato privado fuera típico y que no estuviera sujeto a regulación armonizada porque su valor estimado no superara el correspondiente umbral comunitario. En este caso la LCSP en su artículo 318, a diferencia de lo que hacía el TRLCSP, distingue estos supuestos:

- Que su valor estimado se encontrara por encima de los establecidos para los contratos menores, a tenor de lo previsto en el artículo 118.1 (igual o superior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros), y por debajo del previsto para considerar que un contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada (5.548.000 euros cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 221.000 o a 144.000 euros (9), según los casos, cuando se trate de contratos de servicios y suministros).

En este supuesto, deberán respetarse solamente para la fase de adjudicación las mismas obligaciones previstas para una Administración Pública-Poder Adjudicador (10).

Sin embargo, en el último inciso del apartado *b*) del artículo 318 añade una cuestión sorprendente al señalar que lo indicado en el párrafo anterior resultará de aplicación *«con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168»*, pues no añade nada porque ¿es acaso posible que una Administración Pública adjudique por procedimiento negociado sin publicidad por alguna causa material distinta de las recogidas en el artículo 168? Evidentemente no.

(7) Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018.

(8) Normas establecidas en las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCSP

(9) Curiosamente la LCSP se olvida de esta cifra de valor estimado recogida en los artículos 21.1.a) y 22.1.a) para los contratos de suministro y de servicios celebrados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

(10) Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP. Véase el apartado 2.2 sobre *«Interpretación del artículo 318.b) de la Ley a los efectos de la utilización de cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público»*, de la Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018.



- Que su valor estimado fuera igual o superior al previsto para los contratos menores, a tenor de lo previsto en el artículo 118.1 (40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros).

En este caso, la LCSP exige lo mismo que para los contratos menores a tenor de lo previsto en el artículo 131.3 de la LCSP, es decir, podrá adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato (11).

- También podría ocurrir que el objeto del contrato privado no estuviera comprendido en el ámbito de la LCSP, es decir, que a tenor del artículo 26.3 en relación con los artículos 317 y 318, no coincidiera con el propio de alguno de los contratos administrativos «típicos» desarrollados por una Administración Pública-Poder Adjudicador a los efectos de la LCSP (arts. 12 a 17). En este caso, habría que aplicar lo previsto en el artículo 4 que dispone que «*Las relaciones jurídicas, negocios y contratos ... se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse*», sin perjuicio de lo que a continuación se va a señalar a propósito de los efectos y extinción de todos los contratos privados celebrados por una no Administración Pública-Poder Adjudicador.

2. En relación con los efectos y extinción de los contratos privados celebrados por una no Administración Pública-Poder Adjudicador, el artículo 319 de la LCSP dispone que se regularán por el Derecho Privado salvo en los siguientes aspectos en los que se aplicará la citada Ley:

- Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (art. 201).
- Condiciones especiales de ejecución (art. 202).
- Supuestos de modificación del contrato (arts. 203 a 205). Será necesaria la autorización del Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, cuando la

(11) Véase el apartado 2.1 sobre «*Calificación jurídica de los contratos previstos en el artículo 318.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*» de la Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la LCSP en la que se concluye que «... es criterio de esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto».

modificación no estuviera prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, su importe fuera igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por 100 del precio inicial del contrato, IVA excluido.

- Cesión y subcontratación (arts. 214 a 217).
- Racionalización Técnica de la Contratación (arts. 218 a 228).
- Condiciones de pago establecidas (apartados 4.º del art. 198, 4.º del art. 210 y 1.º del art. 243).
- Causas de resolución por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato (arts. 204 y 205), por impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato [art. 211.1.i) (12)], y, en el caso de contratos de concesión de obras y concesión de servicios, las establecidas respectivamente en los artículos 279 y 294, con acuerdo del Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador, en los supuestos de rescate de la obra o el servicio, la supresión de su explotación así como el secuestro o intervención de los mismos.

4. CONTRATACIÓN DE UN NO PODER ADJUDICADOR

Se trata de un nivel reservado para las entidades del Sector Público que no tienen cabida ni en el artículo 3.2, ni en la disposición adicional cuadragésima cuarta, como Administración Pública-Poder Adjudicador, ni en el artículo 3.3, como no Administración Pública-Poder Adjudicador, en este último caso, por no reunir la triple condición acumulativa del concepto comunitario de «*organismo de derecho público*», previsto en el artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE y reproducido en el artículo 3.1.j) y 3.3.d) de la LCSP.

Para dichos contratos, los artículos 321 y 322 de la LCSP solamente prevén lo siguiente:

1. Respecto de las fases de preparación y adjudicación, el Legislador prevé en el artículo 321.1 que, en general, dichas entidades hayan de aprobar unas instrucciones internas en materia contractual, que se pon-

(12) El artículo 319.2 se refiere incorrectamente al artículo 211.i) cuando debería hacerlo al artículo 211.1.i).



drán a disposición de todos los interesados y se publicarán en el perfil de contratante de la entidad, de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 (13).

Sin embargo, en el artículo 321.2 añade que, en determinados casos se pueda contratar sin aplicar las instrucciones internas a las que se refiere el párrafo anterior.

2. En relación a los efectos, modificación y extinción de dichos contratos, el artículo 322 establece que se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación.

Como comentario final a la contratación de las entidades que no son Administración Pública ni Poder Adjudicador señalar que, a pesar de que se mantiene la necesidad de que las instrucciones internas sean informadas por el órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de la entidad y de que introduce la novedad de que sus decisiones puedan ser objeto de recurso administrativo ordinario al amparo de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP), resultaría necesario y urgente instaurar un cauce uniforme, de obligado cumplimiento, para no seguir observando maneras tan variadas y discutibles de cumplir con los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación. Resultaría deseable que la nueva Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, creada en el artículo 332 de la LCSP, procediera a aprobar, al amparo del apartado 7.d) del citado precepto, unas instrucciones vinculantes en relación a este particular.

(13) Disposición transitoria quinta. Instrucciones internas de contratación.

Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de 4 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.



SEGUNDA PARTE

NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Frente al criterio anterior del TRLCSP de regular los negocios y contratos excluidos en un solo artículo, la LCSP distribuye su información de forma más sistemática en una sección exponiendo sus contenidos con una sistemática más precisa y didáctica.

En primer lugar, recoge en su artículo 4 una definición genérica del régimen aplicable a los negocios jurídicos excluidos, señalando que todas las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección, quedan excluidos del ámbito de la LCSP, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose sus principios para resolver las dudas y lagunas que pudieran surgir.

En segundo lugar, acomete una descripción consecutiva del contenido de las exclusiones en artículos 5 a 11.

2. NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA Y DE LA SEGURIDAD (14)

En relación a esta materia cabe realizar las siguientes consideraciones:

1. El artículo 5 de la LCSP señala que quedan excluidos de su ámbito de aplicación objetivo los convenios incluidos en el ámbito del artículo 346

(14) Este artículo recoge los contenidos del artículo y la D. A. 21 del TRLCSP junto con los de la Directiva 2014/24/UE en su artículos 1.3; 15.1; 16; 17; C(13) y la Directiva 2014/23/UE 1.3; 10.5; 10.6; 21.



del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [en lo sucesivo, TFUE (15)] que se concluyan en el sector de la defensa y la seguridad (16). La razón de esta exclusión es que estos convenios son una excepción al principio de competencia que rige en todos los sectores a los que se aplica la legislación de contratos del sector público en Europa al que el artículo 346 del TFUE supone una excepción. Esta exclusión al principio general tiene su fundamento en el reconocimiento que el TFUE hace a sus Estados miembros para que adopten las medidas que estimen necesarias para la protección de sus «intereses esenciales de la Defensa y de la Seguridad Nacional (17)» y permite a los Estados derogar las reglas del Tratado en ciertas «condiciones» (18), permitiéndoles salirse de la legislación general cuando el objeto del convenio es la producción, el comercio de armas, municiones, y material de guerra (19). Es importante señalar que en la nueva redacción ya no solo se incluye el sector defensa, sino que se amplía al concepto al de seguridad recogiendo el contenido de las Directivas Europeas contractuales en materia de defensa y seguridad con una mejor técnica legislativa.

Sin embargo, se sigue hablando dentro del articulado de «convenios» y no de «contratos», distinción que tampoco fue resuelta por el TRLCSP, tal vez siguiendo los vacilantes criterios de jurisprudenciales (20) y en

(15) <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

(16) HUERTA BARAJAS, J. A., «El artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa. La Contratación y el artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea». Documento de Trabajo 02/2017 coordinado por Juan José Pardo García Valdecasas. CESEDEN. Madrid, pp. 46 a 67. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2017/DIEEET02-2017_Contratacion_Art346_TratadoFuncionamiento_UE.PDF (Consultado el 21 de enero de 2018).

(17) La disposición adicional novena de la LCSPDS encargó al Gobierno para que, en el plazo de tres meses desde la publicación de la Ley, determinase las capacidades industriales y las áreas de conocimiento que afecten a los intereses esenciales de la defensa y de la seguridad nacional, es decir, los denominados sectores estratégicos.

La Secretaría de Estado de Defensa elaboró un documento, aprobado por Consejo de Ministros el 29 de mayo de 2015. El Consejo de Ministros de 29 de mayo aprobó un Acuerdo por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional. El Acuerdo recoge los principios y circunstancias necesarias para identificar que una capacidad industrial o áreas de conocimiento afecta a los intereses esenciales de la defensa y seguridad nacional. Se recoge en la Resolución 420/38100/2015, de 30 de julio, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinan las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional. BOE número 187, de 6 de agosto de 2015, pp. 70583 a 70587.

(18) CLOOS, J., PRINESCU, VIGNES, D., WEYLAND, J., *Le Traité de Maastricht: genèse, analyse, commentaires*, Bruselas. Ed. Bruylant, 1993.

(19) AVENTIN FONTANA, V., «Actualización del “test de aplicabilidad” del artículo 346 del TFUE en el contexto normativo y jurisprudencial actual. La Contratación y el artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea». Documento de Trabajo 02/2017 coordinado por Juan José Pardo García Valdecasas. CESEDEN. Madrid, pp. 46 a 67. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2017/DIEEET02-2017_Contratacion_Art346_TratadoFuncionamiento_UE.PDF (Consultado el 21 de enero de 2018).

(20) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*. Marcial Pons. Madrid 1997, pp. 41 y ss. Sentencia del TS de 16 de enero de 1990, equipara Convenio y Contrato: «por cuanto es clara la presencia negocial, como tal, con otra persona jurídica». Sin embargo, la Sentencia del TS de 8 de junio de 1984 si establece la diferenciación.

contra de los postulados mantenidos por nuestra doctrina, del que era su más destacado valedor el maestro García de Enterría, que fijó un criterio claro al distinguir que el convenio lleva aparejada una relación jurídico pública previamente establecida, frente a la figura del contrato, en la que prima una relación de intercambio patrimonial, luego sinalagmática (21), luego al igual que en el título de la exclusión señala negocios jurídicos como término genérico y contratos, estos último debieran haberse contemplado en el texto junto al convenio.

2. Se excluyen, asimismo, del ámbito de la LCSP, los contratos que se celebren en el ámbito de la seguridad o de la defensa que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en lo sucesivo, LCSPSD) si bien, como consecuencia de recogerse el tipo nuevo de las concesiones de servicios se distingue entre:

– Los contratos de obras, suministros y servicios, así como los contratos a los que no resulte de aplicación la LCSPSD en virtud de su artículo 7. Este artículo es la norma que recoge de forma idéntica estas excepciones, si bien concretó sus contenidos inspirándose en los artículos 11, 12 y 13 de la Directiva 2009/81/CE, también recogidos en los artículos 10,6 de la Directiva 2014/23/UE y 15 de la 2014/24/UE.

Esta excepción, desde el un punto de vista práctico, corresponde la carga de la prueba a los poderes adjudicadores (22), razón por la que han de velar en que no se use de forma abusiva como señala el apartado 2 del artículo 7 de la LCSPSD. En consecuencia, las materias que se excluyen de su regulación se agrupan de la manera siguiente y que van a recogerse de nuevo en la LCSP por lo que bastaba con la remisión a la misma:

- Normas internacionales [art. 7.1.a)].
- Protección de los intereses esenciales de la Seguridad [art. 7.1.b)].
- Actividades de inteligencia [art. 7.1.c)].
- Programas de cooperación basados en I+D [art. 7.1.d)].
- Contratos en un tercer Estado en zona de operaciones [art. 7.1.e)].
- Contratos entre Gobiernos [art. 7.1.g)].
- Servicios de I+D en ciertas circunstancias [art. 7.1.k)].

– También quedan también excluidos los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios, que se celebren en el ámbito de la segu-

(21) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Ámbito de aplicación de la Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Dir. Gómez-Ferrer. Ed. Cívitas. Madrid, 1996, p. 16.

(22) La Instrucción 14/2015 del Secretario de Estado de Defensa se dictó con una finalidad de asegurar la correcta y homogénea aplicación de la exclusión del artículo 7.1.b) en el ámbito del Ministerio de Defensa y evitar en consecuencia descoordinación entre los poderes adjudicadores.

ridad y de la defensa, en los que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Que sean adjudicados en el marco de un *programa de cooperación basado en la investigación y el desarrollo* de un nuevo producto y, en su caso, también relacionados con el *ciclo de vida* del mismo o partes de dicho ciclo, siempre que participen en el programa al menos dos estados miembros de la Unión Europea.

- Los que se adjudiquen en un Tercer Estado no miembro de la Unión Europea para efectuar compras, incluidas las de carácter civil, cuando las Fuerzas Armadas estén desplegadas fuera del territorio de la Unión y las necesidades operativas hagan necesario que estos contratos se concluyan con empresarios *situados en la zona de operaciones*. A los efectos de esta la LCSP, se entenderán incluidos en la zona de operaciones los territorios de influencia de ésta y las bases logísticas avanzadas.

- Las concesiones que se adjudiquen a otro Estado en relación con obras y servicios directamente *relacionados con el equipo militar sensible*, u obras y servicios específicamente con fines militares, u obras y servicios sensibles.

3. Lo establecido en los dos puntos anteriores se aplicará aún en el supuesto de que parte de las prestaciones correspondientes estén sometidas a la LCSP, y no se haya optado por adjudicar un contrato separado por cada una de las distintas prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

No obstante, constituirá una condición necesaria para la aplicación de lo señalado en el párrafo anterior el hecho que la opción entre adjudicar un único contrato o varios contratos por separado no se ejerzan con el objetivo de excluir el contrato o contratos del ámbito de aplicación de la LCSP.

4. Quedan excluidos, también, del ámbito de la LCSP no solo los contratos que se celebren en los ámbitos de la defensa o de la seguridad y que deban adjudicarse de conformidad con un *Procedimiento de Contratación Específico*, sino también los *convenios* ya sea:

- En virtud de un *acuerdo o convenio internacional* celebrado de conformidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con uno o varios Estados no signatarios de este último, relativo a las obras, suministros o servicios que resulten necesarios para la explotación o el desarrollo conjunto de un proyecto por los Estados firmantes. Los «*acuerdos, convenios o tratados internacionales*» se entienden en un sentido amplio, incluyendo también acuerdos técnicos y Memorandos de Entendimiento (en lo sucesivo, MOUs). Se requiere la participación de, al menos, un Tercer Estado.



– En virtud de un *acuerdo o convenio internacional relativo al estacionamiento de tropas* con independencia de quienes sean los Estados participantes.

– Los contratos en los que *el poder adjudicador ya sea una Organización Internacional o Estado miembro*, siempre que exista un procedimiento específico y el contrato este amparado por los fines estatutarios de Institución; incluyéndose compras que, de acuerdo con estos fines, las realizase la Organización Internacional para un Estado que forma parte de la misma.

3. NEGOCIOS JURÍDICOS: LOS CONVENIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

A. Introducción

Para comprender esta excepción debemos tener en cuenta el artículo 2.1 de la LCSP, ya que al igual definía el TRLCSP en relación a la aplicación de esta norma que:

«1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3.»

En tanto que la LCSP hace una precisión que determina la razón de exclusión por la naturaleza de estas figuras ya que la misma se reserva para sí todo negocio jurídico oneroso:

«Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.»

La LCSP transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 ya que en el artículo 6 de dicha Ley precisa que la exclusión requerirá el cumplimiento de las siguientes condiciones comunes y que también son extensibles para los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados:

– Que las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado. Dicha vocación de mercado se presumirá cuando realicen en el mer-



cado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración.

– Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

– Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

B. Convenios excluidos

La primera cuestión que se plantea en esta exclusión es el *ámbito objetivo* del concepto convenio y que encontramos resuelto a tenor de la redacción del artículo 47.1 de la LRJSP que nos ofrece al fin una definición:

«Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común (...). Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación contractual del sector público.»

Esta exclusión tiene un fundamento amplio no solo recogido en la LCSP, sino que tenía un consenso amplio en su exigencia para evitar prácticas de incluir materia contractual como convenio (23). La diferencia

(23) La Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, se han emitido distintos informes que abordan la distinción entre las figuras de los contratos y convenios siendo el primero el informe de 2 de diciembre de 1996, cuya doctrina ha sido posteriormente reproducida y aplicada en informes posteriores, entre otros, en los de 23 de abril de 2007 y 9 de febrero de 2009, y cuyos fundamentos jurídicos sintetizamos a continuación: *«En este sentido, puede afirmarse que, aunque ambas figuras –convenio de colaboración y contrato– tengan en común la nota de ser actos o negocios jurídicos de carácter bilateral, resultado del concurso de la libre voluntad de las partes, su diferencia estriba en la distinta posición y finalidad de las partes y, como consecuencia de ello, en la distinta instrumentación o articulación jurídica del contenido que se aprecia en el convenio de colaboración y en el contrato administrativo.*

Así, el convenio de colaboración tiene como punto de partida un supuesto preciso, cual es la existencia de dos o más partes que tienen competencias o funciones concurrentes, al menos complementarias, sobre una misma realidad material o, lo que es igual, persiguen fines comunes, cuya consecuencia se articular mediante la puesta en común y de forma coordinada por ambas partes de medios personales, materiales o de ambos para la obtención de esa finalidad común, de la que resultan así ser cogestoras, participando igualmente de forma común o conjunta en el resultado obtenido; todo ello hace que la nota característica de esta figura sea, como lo denota su propia denominación, la cooperación o colaboración de las partes por razón precisamente de esa comunidad de fines.

es clara, en el convenio no se ha de producir un intercambio de prestaciones como en los contratos onerosos, la naturaleza y significado de la prestación no puede equipararse al precio en los contratos.

Distintamente, en el contrato desaparece la idea de concurrencia de competencias o funciones sobre la misma realidad material y, por tanto, la idea de comunidad de fin, surgiendo la posición de cada parte como una posición independiente, tendente a la satisfacción de su propio interés, lo que tiene por consecuencia que la relación contractual gire en torno al principio de sinalgmaticidad, es decir, la reciprocidad o interdependencia de las prestaciones que se deben las partes y que resalta, al tratar de la causa de los contratos, el inciso inicial del artículo 1274 del Código Civil. En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte.

A la diferenciación anterior cabe añadir, más particularmente, dado que la distinción que se plantea lo es entre la figura del convenio de colaboración y el contrato administrativo, que, puesto que los únicos convenios de colaboración que al margen del TRLCAP (actual LCSP) admite este texto legal son aquellos que, como se ha dicho, su objeto no sea el que es propio de un contrato de obra, suministro, consultoría y asistencia y de servicio, habrá que tener en cuenta para poder apreciar la figura del convenio de colaboración que el acto que se pretende calificar como tal no tenga como contenido, al menos básico o primordial, la prestación típica que define el contrato de obras, del contrato de suministro, del contrato de servicios, ..., así como tampoco la contraprestación propia, común a todos ellos, cual es el precio.

Establecida, en los términos indicados, la distinción entre convenio de colaboración y contrato, se estima necesario todavía hacer una indicación adicional. La aplicación del anterior criterio de distinción entre una y otra figura al concreto supuesto que se considere entraña, como fácilmente se comprende, una operación de calificación jurídica. Pues bien, en tal operación se ha de tomar en consideración necesariamente el conjunto total de las cláusulas, previsiones o estipulaciones que conforman el contenido del acto o negocio que deba calificarse, pues solo así podrá efectuarse adecuadamente esa calificación» (el subrayado es de los autores de esta obra).

El Tribunal de Cuentas, en la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas, aprobado el 30 de noviembre de 2010, afirma:

«La correcta definición del objeto es necesaria, en primer lugar, para evitar que bajo el ropaje de convenios se encubran auténticos contratos, pues los compromisos que asume la parte privada o la Administración con la que se formaliza el convenio no deben constituir el objeto propio de un contrato, según se ha indicado. En determinados supuestos los encargos, compromisos o prestaciones que asume la parte privada podrían ser objeto de contratos administrativos, surgiendo la duda de si las restantes condiciones, en especial las referentes a los compromisos que asume la Administración, desvirtúan su naturaleza contractual, situándolos en otro ámbito. Considera este Tribunal que, siempre que el objeto del supuesto convenio coincida con el de un contrato, las condiciones subjetivas de la otra parte, ..., o la existencia de cláusulas adicionales a las típicas de una figura contractual, aun cuando su inclusión pueda encontrar amparo en el artículo 25 de la LCSP, no lo sitúa fuera del ámbito de la contratación, sino a lo sumo podrán configurar un contrato mixto o especial, pero no un convenio. Solo una actuación conjunta de los sujetos intervinientes para la consecución del objeto, ajena a la idea de intercambio patrimonial, podría calificarse de convenio de colaboración. Un criterio distinto podría llevar a extraer del ámbito de la contratación, prestaciones o servicios que constituyen su objeto propio. Tal ocurriría si se considerara suficiente la mera declaración de la existencia de un interés compartido o la aportación por la Administración de medios existentes en sus dependencias o la constitución de un órgano de seguimiento para ignorar la naturaleza de una operación que, en el fondo, se traduce en satisfacer una cantidad a cambio de unas prestaciones que realiza el otro sujeto» (el subrayado es de los autores de esta obra).

La Intervención General de la Administración del Estado, entre otros, en su informe de 20 de junio de 2007 (Informe de la IGAE de 22 de septiembre de 2015; 17 de diciembre de 2015), en el que se efectúan las siguientes consideraciones:

«La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (actual Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública), define... los contratos públicos como los contratos onerosos y 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 en el sentido de la Directiva.



En relación al *ámbito subjetivo*, la nueva LCSP es más precisa que la normativa anterior, ya que en vez de hacer mención a los organismos autónomos y restantes entidades públicas, establece entre los supuestos de exclusión los convenios celebrados entre:

– Las entidades con personalidad jurídica pública dependientes y las entidades con personalidad jurídica privada siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador (art. 6.1) (24).

Así pues, uno de los requisitos presentes en un contrato que determinan su consideración de contrato público sujeto a la Directiva... es el relativo al carácter oneroso de la relación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado acerca de la naturaleza onerosa de relaciones jurídicas, en ocasiones denominadas «convenios», entre un poder adjudicador y una persona jurídicamente distinta de éste (con independencia de que esta persona tenga a su vez la condición de poder adjudicador), declarando la existencia de un contrato público sujeto a la normativa comunitaria (vid las sentencias de 12 de julio de 2001 en el asunto C-399/98 y de 18 de enero de 2007 en el asunto C-220/05)... cuando el poder adjudicador adeuda una contraprestación por la prestación que debe cumplir el contratista.

En el ámbito interno, el artículo 1.274 del Código Civil define los contratos onerosos al establecer que en ellos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. La doctrina precisa que en los negocios onerosos, los sacrificios que realizan las partes están compensados o encuentran su equivalente en el beneficio que obtienen» (el subrayado es de los autores de esta obra).

(24) El artículo 2 de la LRJSP establece los siguientes tipos de convenios:

a) Convenios interadministrativos, firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas.

Quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se registrarán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de autonomía.

b) Convenios interadministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública.

c) Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado.

d) Convenios no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes.

Es de señalar que no caben dentro de la Administración General del Estado (en lo sucesivo, AGE) los llamados convenios interorgánicos, también conocidos en el pasado como convenios intradministrativos, ya que pueden inducir a confusión, toda vez que no son convenios como tales a la luz de la Ley 40/2015. Así, queda descartada la posibilidad de que se suscriban convenios entre órganos de una misma Administración como pueden ser los realizados entre Ministerios, carentes de personalidad jurídica diferenciada, cuyos actos serán imputables a la entidad pública a la que pertenecen. Estos se deben instrumentar a través de una orden ministerial conjunta que debe aprobar el Consejo de Ministros al afectar a varios departamentos ministeriales y de naturaleza distinta a las relaciones intersubjetivas que se establecen a través de convenios. Lo importante no es la denominación sino la realidad subyacente y lo patente es que en estos casos no existe dualidad de partes.

La imposibilidad de celebrar convenios también se extiende, con carácter general, a la AGE y un organismo instrumental dependiente de la misma como es el caso de los organismos públicos, ya que si bien estos organismos están dotados de personalidad jurídica propia, desarrollan actividades de la propia AGE, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta, de manera que los fines que satisfacen son propios del ente del que dependen. Así, no hay igualdad entre las partes como para celebrar un convenio con carácter general ya que la relación entre ellos es, generalmente, de tutela y se va a instrumentar a través de instrucciones.



– Las entidades del sector público (25) con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado en lugar de referirse solo a los convenios celebrados por la Administración como hacía el artículo 4.1.d) del TRLCSP (art. 6.2) (26).

Aunque no es materia contractual, conviene recordar que en relación a la tramitación de convenios que está en vigor, desde el 11 de enero de 2018 nuevas instrucciones que coordinan las disposiciones de la LRJSP y la LCSP (27).

C. Encomiendas de gestión

1. Es este uno de los aspectos diferenciadores más importantes respecto al TRLCSP. Aunque se enmarque su desarrollo dentro de la actividad económica del sector público, su finalidad nace de uno de los principios programáticos de la LCSP que no es otro que el apoyo a las pequeñas y medianas empresas.

Dentro del sector público estatal, hay que señalar que el sector público fundacional, integrado por las fundaciones del sector público estatal no reúnen los requisitos para actuar como sujeto público de un convenio administrativo, y los convenios que suscriban serán convenios con personas sujetas al derecho privado al igual que los fondos sin personalidad jurídica.

Del mismo modo, se exceptiona:

1. El sector público empresarial: que incluye las entidades públicas empresariales, las sociedades mercantiles estatales, siempre que no reúnan las condiciones para ser incluidas en el sector público administrativo, los organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la AGE.

En este caso, las entidades públicas empresariales, podrán suscribir convenios interadministrativos, mientras que las sociedades mercantiles estatales, no pueden actuar como sujeto público en un convenio, de modo que los convenios que suscriban serán convenios con personas sujetas al derecho privado.

2. En cuanto a los consorcios, por su naturaleza jurídico-pública comúnmente admitida por la doctrina y la jurisprudencia (STS de 27 de octubre de 1989) pueden suscribir convenios si sus estatutos amparan la correspondiente actividad, con independencia de que su creación también sea fruto de un convenio previo.

3. Finalmente, el resto de entidades de derecho público distintas de los organismos públicos pueden actuar como sujeto público de un convenio interadministrativo si bien en ocasiones lo difícil es concretar las entidades que comprenden esta categoría residual, como son, entre otras, las antiguas Agencias estatales.

(25) La referencia al sector público es más amplia que el concepto de Administración.

(26) Esta misma postura también se fundamenta en la redacción dada en el artículo 47.2.c) de la LRJSP al catalogar los convenios recoge, entre otros, «convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de derecho privado».

Las sociedades mercantiles públicas o las fundaciones del sector público, que formalicen un convenio con una Administración o entidad pública se considera que actúan como sujeto privado, y no como sujeto público. Así, se constituyen por procedimientos de derecho privado y se rigen por el derecho privado, y no pueden estar revestidas de potestades administrativas. Sus relaciones con la Administración pueden instrumentarse mediante encargos a medios propios, si reúnen las condiciones del 32 de la LCSP y 86 de la LRJSP o incluso mediante convenios de este tipo, convenios con personas sujetas al derecho privado o con administrados.

(27) La Orden PRA/1267/2017, de 21 de diciembre, publicada en el BOE el 22 de diciembre de 2017, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, por el que se aprueban las instrucciones para la tramitación de convenios.



En una primera lectura del título del artículo pudiera considerarse como un error del legislador a la vista de los cambios que señala en su Título Preliminar si se trata de conjugar lo previsto en las Directivas (28) y los contenidos de los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP. Sin embargo, en cuanto se analiza la perspectiva doctrinal (29), y la nueva legalidad de la LRJSP, definida de forma nítida en su artículo 11 al tratar el concepto de la «*encomienda de gestión*», se entiende la exclusión tras su lectura, en tanto que son encargos diferentes, los que se efectúan a los «*medios propios*», y que se recogen en el artículo 32 (30), que sí se admiten y se regulan en la LCSP, y los términos del artículo 11 de la LRJSP.

«1. La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.»

(28) La doctrina *in house* se recoge en la actual Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y que derogó, la Directiva 2004/18/CE (Directiva Contratación); el artículo 12 recoge «*Contratos públicos entre la entidades del sector público*» y recoge también una regulación unificada de dos figuras distintas: las operaciones *in house* verticales y las horizontales. La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La teoría de la admisibilidad de los medios instrumentales en el ámbito de la contratación pública se ha desarrollado fundamentalmente a partir de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: *Sentencia Teckal*, de 18/11/99; *Sentencia Standt Halle*, de 11/01/2005; *Sentencia Parking Brixen*, de 13/10/2005; *Sentencia Carbotermo*, de 11/05/2006; *Sentencia Asempo*, de 19/04/2007; la *Sentencia Correos*, de 18/12/2007; la *Sentencia Comisión contra Italia*, de 8/04/2008; la *Sentencia Coditel* de 13/11/2008; la *Sentencia Comisión contra Alemania*; de 9/06/2009; la *Sentencia SEA contra Ponte Nossa* de 10/09/2009; la *Sentencia Mehiläten oy y Terveystalo Healthcare oy contra Oulun Kaupunki*, de 22/12/2010.

(29) En consecuencia, nos encontramos por un lado con encomiendas de gestión denominadas «*interadministrativas*», y por otro con «*encargos de gestión*». Las primeras reguladas exclusivamente por la LRJSP, y los segundos, además, por la LCSP.

La diferenciación entre ambas figuras ya había sido aclarada con anterioridad por:

– Circular 6/2009 de la Abogacía del Estado «*Asunto: Relación entre el artículo 15 de la LRJAP-PAC y artículo 24.6 de la LCSP*», cuando establecía que dicho artículo 15 comprendía tanto actuaciones o actividades ajenas a la legislación de contratación pública como actuaciones o actividades propias de dicha legislación, es decir, actividades constitutivas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros o servicios, por lo que las encomiendas de gestión podían tener por objeto las prestaciones propias de estos contratos.

– Informe 6/09, de 30 de marzo de 2010. Junta Consultiva de Contratación Administrativa Islas Baleares dice que «... mientras que en los casos de las encomiendas interadministrativas de la Ley 30/1992 se firma un convenio, es decir, un acuerdo bilateral y libre de voluntades, los encargos de la LCSP son un mandato obligatorio a causa de la inexistencia de voluntad propia y autónoma de quien recibe el encargo respecto de quien lo hace, lo que los acerca a un negocio jurídico unilateral, que parece del todo incompatible con la naturaleza del encargo o encomienda –administrativa del artículo 15 de la Ley 30/1992. Esto permite llegar a la conclusión de que las encomiendas de gestión interadministrativas de la Ley 30/1992 y los encargos de gestión de la LCSP son figuras diferentes» (el subrayado es de los autores de esta obra).

(30) Véase el Informe de la Abogacía General del Estado de 30 de mayo de 2018 sobre dudas interpretativas que suscitan diversos aspectos de los artículos 32 y 33 de la LCSP.



Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda».

Sin embargo, la confusión que el legislador ha creado es no percibir que al transponer la Directiva de forma directa (31) ha creado sin querer una ambigüedad al incluir unos porcentajes y condiciones que no eran necesarios para excluir esta figura jurídica, lo característico es su trascendencia «*ad intra*» ya que carece de efecto alguno más allá del ámbito propio de la Administración, puesto que es una figura organizativa de apoyo, destinada a la satisfacción y cobertura de las necesidades perentorias que demandan un funcionamiento rápido, racional y eficaz de la organización. Por el contrario, donde debieran estar es en el «*encargo a medio propio personificado*» del artículo 32, que si es la contratación doméstica recogida en el TRLCSP como encomienda de gestión.

En consecuencia en orden didáctico distinguimos siguiendo los criterios del nuevo artículo 31 de la LCSP que recoge los criterios de la Directivas entre:

– *Un sistema de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6. Luego se excluye de la LCSP.*

– *Un sistema de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificado en el sentido y con los límites:*

- *Establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores.*
- *En el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador.*

(31) El artículo 12.1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública exigen que más del 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. A estos efectos, para calcular el 80 % de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración *el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo.*



2. *Encomiendas interadministrativas (cooperación horizontal).*

Son el primer elemento básico de apoyo dentro de las entidades del sector público y un recurso muy útil para su buena gestión. Se encuadran dentro de la potestad autoorganizativa de la Administración, porque la parte que recibe el encargo no tiene capacidad de autonomía, sino que ha de realizarlo obligatoriamente, por ello se excluyen de la contratación pública. Se asemejan más a una orden de servicio o instrucción, por ello no se identifica con la figura del «contrato». Luego tampoco se obliga a la retribución mediante tarifas sino que se ha de hacer a través de dotación presupuestaria suficiente y adecuada. Son estos encargos aquellos que se definen por el conjunto de elementos que están reguladas en el artículo 11 de la LRJSP, y precisan para su nacimiento los siguientes:

– *Elementos constitutivos:*

- Una *ejecución de actividades* de carácter material o técnico.
- Que sea *competencia* de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público.
- Qué *puedan ser encomendada* a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración.
- Que *entre sus competencias estén esas actividades*.
- Que se opte su uso *por razones de eficacia* o cuando *no se posean los medios técnicos idóneos* para su desempeño.

– *Elementos negativos:*

- *No podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos* regulados en la legislación de contratos del sector público. Luego por ello se excluyen de la relación contractual.
- *No supone cesión de la titularidad de la competencia* ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

– *Elementos formales:*

- Cuando la encomienda de gestión se realiza *entre órganos* administrativos o Entidades de Derecho Público pertenecientes a la *misma Administración* deberá formalizarse en los términos que establezca *su normativa propia* y, en su defecto, por *acuerdo expreso* de los órganos o Entidades de Derecho Público intervinientes.
- El instrumento de *formalización de la encomienda de gestión y su resolución* deberá ser *publicada*, para su eficacia, en el Boletín Oficial del



Estado, en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante.

- Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la *validez de tales acuerdos que incluirán:*

- Expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten.
- El plazo de vigencia.
- La naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

- Cuando la encomienda de gestión se realice *entre órganos* y Entidades de Derecho Público de *distintas Administraciones* se formalizará mediante *firma del correspondiente convenio* entre ellas, que deberá ser publicado en el Boletín Oficial del Estado (en lo sucesivo, BOE), en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.

3. *Medio propio y servicio técnico (sistemas de cooperación vertical).*

Son el segundo elemento de apoyo dentro de las entidades del sector público y como tal se excluyen de la contratación pública, condicionada al cumplimiento de las tres condiciones establecidas en el artículo 6.1, si bien se les reconoce la categoría de «cuasi contrato» en tanto que van a tener que estar recogidas en el perfil del contratante y pueden ser objeto de recurso ante los tribunales de recursos contractuales. Están reguladas en el artículo 86 de la LRJSP, y son los que en la nueva legislación contractual pública se definen como el artículo 32 como «*encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados*». Estos precisan para su nacimiento los siguientes (32):

(32) En relación a la declaración de medio propio la disposición adicional vigésima cuarta, determina que el Régimen jurídico de la «*Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M. P.*» (TRAGSA), y de su filial «*Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.*» (TRAGSATEC). En su punto 2. Señala que TRAGSA y su filial TRAGSATEC tendrán la consideración de medios propios personificados y servicios técnicos. Luego por imperativo de la Ley de forma directa da esta consideración, pudiendo dar a entender que no precisa de los requisitos del artículo 86 de la LRJSP.

Por el contrario, se han planteado varias dudas en cuanto a la aplicación de la LRJSP respecto a medios propios «ya constituidos», en contra de su «*Disposición adicional sexta. Transformación de los medios propios estatales Existentes*» cuando la norma es contundente en su mandato:

«Todas las entidades y organismos públicos que en el momento de la entrada en vigor de esta Ley tengan la condición de medio propio en el ámbito estatal deberán adaptarse a lo previsto en esta Ley en el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor» (el subrayado es de los autores de esta obra).

Al mismo tiempo el punto V del Preámbulo de la LCSP, señala que:

«[...] Se incorpora al contenido de la Ley la regulación de los medios propios y servicios técnicos de la Administración, de acuerdo con lo que en la actualidad se establece en la normativa



– *Elementos constitutivos:*

- Qué se acredite la disposición de *medios suficientes e idóneos* para realizar prestaciones en el sector de actividad.
- Que se corresponda con su *objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación*.
- Que se dé alguna de las circunstancias siguientes:
 - Sea una *opción más eficiente que la contratación pública*.
 - Que la solución aportada resulte *sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica*.
- Que su utilidad sea *por razones de seguridad pública o de urgencia* en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

– *Elementos negativos:*

Las entidades integrantes del *sector público institucional* podrán ser consideradas «*medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores*» y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en la ley contractual que se remite en su artículo 32 al artículo 86 de la LRJSP.

– *Elementos formales:*

- *Propuesta de declaración de medio propio* y servicio técnico deberá acompañarse según el artículo 86 de la LRJSP de:
 - Una *memoria justificativa* que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser *informada por la Intervención General de la Ad-*

de contratos del sector público. Como novedad, la creación de un medio propio o su declaración como tal deberá ir precedida de una justificación, por medio de una memoria de la intervención general, de que la entidad resulta sostenible y eficaz, de acuerdo con los criterios de rentabilidad económica, y que resulta una opción más eficiente que la contratación pública para disponer del servicio o suministro cuya provisión le corresponda, o que concurren otras razones excepcionales que justifican su existencia, como la seguridad pública o la urgencia en la necesidad del servicio. Asimismo, estas entidades deberán estar identificadas a través de un acrónimo «MP», para mayor seguridad jurídica. Estos requisitos se aplicarán tanto a los medios propios que se creen en el futuro como a los ya existentes, estableciéndose un plazo de seis meses para su adaptación [...]»(el subrayado es de los autores de esta obra).

Asimismo, la Abogacía General del Estado en su Informe 19/2017, de 25 de julio de 2017, en relación a consulta efectuada por esta Intervención General sobre aplicación a los Centros asociados de la UNED de la condición de medio propio señala que:

«[...] a efectos de ser medio propio y servicio técnico de la UNED no basta con una mera declaración formal de tal condición de medio propio en los estatutos del centro asociado, sino que el centro asociado reúna los requisitos sustantivos exigidos a tal efecto, y que su concurrencia se verifique a través de la elaboración de una propuesta que habrá de ir acompañada de la correspondiente memoria justificativa, que habrá de ser informada por la IGAE (art. 86,3 de la LRJSP).»



ministración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico (33).

- En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «*Medio Propio*» o su abreviatura «*M. P.*».

- En el *control de eficacia* de los medios propios y servicios técnicos, se verificará la concurrencia de los elementos constitutivos y formales.

• La LGP en su artículo 74.5 establece las «*Competencias en materia de gestión de gastos que*»:

«[...] Los órganos de los departamentos ministeriales, de sus organismos autónomos y de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, competentes para la suscripción de convenios de colaboración o contratos-programa con otras Administraciones públicas o con entidades públicas o privadas, así como para acordar encomiendas de gestión, necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que de aquéllos o de éstas se derive, sea superior a doce millones de euros.

Asimismo, las modificaciones de convenios de colaboración, contratos-programa o encomiendas de gestión autorizados por el Consejo de Ministros conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, requerirán la autorización del mismo órgano cuando impliquen una alteración del importe global del gasto o del concreto destino del mismo.

También requerirán la previa autorización del Consejo de Ministros a que hace referencia el presente artículo aquellos acuerdos que tengan por objeto la resolución de convenios de colaboración, contratos-programa o encomiendas de gestión cuya suscripción o modificación hubiera sido autorizada por dicho órgano conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores, con independencia del momento en que dichos negocios jurídicos hubieran sido suscritos o formalizados.

La autorización del Consejo de Ministros implicará la aprobación del gasto que se derive del convenio, contrato-programa o encomienda.

Con carácter previo a la suscripción de cualquier convenio, contrato-programa o acuerdo de encomienda se tramitará el oportuno expediente de gasto, en el cual figurará el importe máximo de las obligaciones a adquirir, y en el caso de que se trate de gastos de ca-

(33) Resolución de 6 de julio de 2017 de la Intervención General de la Administración del Estado por la que se aprueba la instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.



rácter plurianual, la correspondiente distribución por anualidades. En los supuestos en que, conforme a los párrafos anteriores, resulte preceptiva la autorización del Consejo de Ministros, la tramitación del expediente de gasto se llevará a cabo antes de la elevación del asunto a dicho órgano.»

Formalmente para articular el negocio jurídico se hará a través del «*acuerdo de encargo*». Estos están recogidos en el artículo 32 del LCSP, son el equivalente a los encargos *in house* referidos a materia de contenido contractual que regulaba el artículo 24.6 del TRLCSP (34). Los encargos se pueden ejercer sobre un medio propio que sea controlado por un poder adjudicador o varios.

Las condiciones necesarias para su ejecución son las siguientes:

- Medio propio personificado controlado por un Poder Adjudicador:
 - El sujeto pasivo (poder adjudicador).

El encargo lo tiene que hacer un *poder adjudicador* a otra persona jurídica, ya sea de derecho público o de derecho privado, que tenga reconocida la categoría de *medio propio*.

Para efectuar el encargo, el poder adjudicador ejercerá sobre el ente destinatario un *control, directo o indirecto*, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas.

El contenido del mandato del encargo del poder adjudicador podrán ser prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una *compensación tarifaria*.

El encargo hecho *no tendrá la consideración de contrato*.

- El sujeto activo (medio propio de un poder adjudicador).

El ente destinatario *puede recibir encargos* del poder adjudicador de ejecución obligatoria cuando así lo establezcan *sus estatutos o el acto de creación que deberán determinar* el Poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición, el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir, y el establecimiento de la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

(34) Circular 6/2009 de la Abogacía del Estado.



Para ello deberá cumplir previamente los siguientes requisitos:

- *Conformidad o autorización expresa* del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.
- *Verificación por la entidad pública de que dependa* el ente que vaya a ser medio propio:
 - Que cuenta con *medios personales y materiales* apropiados para la realización de los encargos
 - Que el encargo es de *conformidad con su objeto social*.

- Que exista una unidad de decisión de acuerdo *con instrucciones fijadas unilateralmente* por el ente destinatario para realizar el encargo.

La compensación se establecerá por referencia a *tarifas aprobadas* por la entidad pública de la que *dependa el medio propio personificado*, aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes. Dichas *tarifas se calcularán* de manera que representen los costes reales de realización (35). Su aplicación a las unidades producidas *servirá de justificante* de la inversión o de los servicios realizados.

- Que más del *80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo* se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo. A estos efectos, para calcular el 80% de las actividades del ente destinatario del encargo *se tomarán en consideración*:

- *El promedio del volumen global de negocios*.
- *Los gastos soportados por los servicios prestados* al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad.

(35) La aprobación y determinación de las tarifas es uno de los elementos más problemáticos que plantea la LCSP ya que se debiera regular esta competencia, primero para establecer una norma de cálculo de costes de la Tarifa con criterios homogéneos para empresa y entidades contratantes. De esta manera se conseguiría un elemento de transparencia para poder comparar y poder acudir a los Tribunales de Recursos Contractuales en situaciones de igual. Solo el Ministerio de Defensa cuenta con una instrumento legal para el cálculo de tarifas que es la ORDEN 283/1998, de 15 de octubre, sobre presentación y auditoría de ofertas y normas sobre los criterios a emplear en el cálculo de costes en determinados contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de los servicios del Ministerio de Defensa que se adjudiquen por el procedimiento negociado (NODECOS). Por otra parte la Instrucción 128/2007, de 16 de octubre, de la Secretaría de Estado de Defensa, cuyo contenido aborda el procedimiento para la prestación de los servicios de análisis de costes y precios en el ámbito del Ministerio de Defensa, señala al Director General de Asuntos Económicos (DIGENECO) como el competente para la aprobación de las Tarifas.

Por otra parte en relación a las subcontrataciones, no podrán repercutirse como tarifa, sino como bien señala la Ley a su «coste».



- Otro *indicador alternativo de actividad que sea fiable*, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo (36).

Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo, o debido a la reorganización de las actividades de éste, el volumen global de negocios, u otro indicador alternativo de actividad, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia, *será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio*.

El cumplimiento efectivo del requisito establecido los puntos anteriores *deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales* del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas (37).

Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de *personificación jurídico-privada*, además, la totalidad de su *capital o patrimonio* tendrá que ser de *titularidad o aportación pública*.

Todos los requisitos anteriores se aplicarán en el caso que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo.

– Medio propio personificado controlado por más de un Poder Adjudicador:

- El sujeto pasivo (poderes adjudicadores).

Los poderes adjudicadores que puedan conferir encargos ejercerán sobre el ente destinatario un *control conjunto análogo* al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

(36) Este criterio que es un concepto jurídico indeterminado trasladará la necesidad de elaborar normativa específica al ICAC y la IGAE.

(37) Del mismo modo que en la anterior nota, será necesaria la regulación de normas e instrucciones por los organismos competentes de auditoría ICAC e IGAE. En cuanto a la vigencia de la norma, ya que entra en vigor el 9 de marzo de 2018 es que se aplique en las Memorias de las Cuentas Anuales de 2018, es decir en 2019.

Existirá un control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo *estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos*, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.

- Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente *una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos* y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.

- Que el ente destinatario del encargo *no persiga intereses contrarios* a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

- El sujeto activo (medio propio de más de un poder adjudicador).

El ente destinatario *puede recibir encargos* del poder adjudicador de ejecución obligatoria cumpliendo las mismas condiciones de un poder adjudicador.

La compensación del medio propio se establecerá por referencia a *tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa*:

- Las tarifas se aplicarán a las unidades ejecutadas.
- Las tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización.

- La aplicación de las tarifas a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.

- Que *más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario* del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por las entidades que hacen el encargo o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo *se tomarán en consideración* lo establecido como cuando es solo encargado por un poder adjudicador. El cumplimiento efectivo del requisito establecido los puntos anteriores deberá quedar *reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales* del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

- Requisitos formales de la ejecución de los encargos a medio propio personificado:

Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que sea medio propio personificado, si bien no tendrán la consideración

jurídica de contrato, han de únicamente cumplir una serie de requisitos para garantizar la transparencia de su ejecución:

- El medio propio personificado deberá:

- *Publicar en la Plataforma de Contratación* correspondiente su *condición* de medio propio, los *poderes adjudicadores* de los que ostenta esta condición, y los *sectores de actividad* en los que, estando comprendidos en *su objeto social*, sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a *ser objeto de encargo*.

- *El encargo* deberá ser objeto de *formalización en un documento* que será *publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido*.

- Régimen jurídico del negocio jurídico del encargo se le aplicaran las siguientes reglas:

El acuerdo del encargo quedará *sometido a la Ley de Contratos*, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas para Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas (recogidos en el Título I del Libro Tercero de la LCSP).

El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda *contratar con terceros no excederá del 60 por ciento de la cuantía del encargo*, salvo que se establezca otro límite en la orden del encargo. No será aplicable esta limitación a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios.

Cuando la citada orden de encargo establezca *un límite superior* al establecido en el párrafo anterior, se deberá acreditar por el poder adjudicador, salvo que se dé alguna de las circunstancias:

- *Que no haya habido ofertas de empresarios* en la licitación previamente efectuada.

- Cuando se trate de un *supuesto de emergencia*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120 de la LCSP.

- Cuando, dada la naturaleza de la prestación, *sea imposible la fijación previa de un precio cierto* o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo.

- Cuando sea *necesario relevar al contratista* de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.



Obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 232.5 LCSP.

Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 145.6 de la LCSP relativo a la valoración de las ofertas con más de un criterio de adjudicación.

Habrá que *justifican la razón para acudir al medio propio* en lugar de licitar el contrato directamente.

Dicha justificación se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste.

En ningún caso se podrá contratar con terceros la totalidad de la prestación objeto del encargo.

4. NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El nuevo artículo 7 establece fundamentándose en el artículo 4 del TRLSP y en las Directivas transpuestas la exclusión de (38):

1. Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con otros sujetos de derecho internacional (39). Si se analiza esta exclusión tenemos que señalar que:

– El primer concepto que se plantea es el de *acuerdo internacional*. Es esta una facultad de los Estados para elaborar proyectos comunes de diversa naturaleza a través de una concertación política. Esta facultad está recogida en nuestra C. E. en el artículo 94 (40).

(38) Directiva 2014/24/UE, artículo 9; Considerando 22; Directiva 2014/23/UE, artículo 10.4 y en materia de defensa Directiva 2009/81/EC.

(39) Artículo 6 Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, y Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Este último regula la negociación del contrato entre Gobiernos.

(40) La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 es la que recoge los acuerdos internacionales de los Estados. Se incluyen los términos de *tratado, convenio, pacto, acuerdo, alianza, protocolo, intercambio de notas y acta final* como los instrumentos de vinculación internacional entre Estados u otros sujetos de derecho internacional que implica, a la vez, la obligatoriedad para las partes. Sus tipos principales son:

– *El acuerdo marco*: Es aquel que se define como «*un acuerdo general que puede servir de marco a acuerdos posteriores*».

– *El acuerdo comercial*: Es un entendimiento bilateral o multilateral entre Estados, cuyo objeto es armonizar los intereses respectivos, por el cual dos o más Estados se comprometen a acatar condiciones específicas en su intercambio comercial, lo cual incluye de ordinario concesiones



– El segundo concepto, es *el Estado*. Tratado por la doctrina constitucionalista, como concepto político, este engloba una forma de organización social, económica, política soberana y coercitiva, formada por un conjunto de instituciones, que tienen el poder de regular la vida comunitaria nacional, en un territorio determinado y reconocido como sujeto de Derecho internacional por parte de la comunidad internacional (41).

– El tercer concepto, *sujetos o entidades de Derecho Internacional* que son aquellas que se equipara a los Estados como sujetos de Derecho Internacional y que al se les reconoce un «*status*» de sujetos de derecho internacional ya que tienen derechos y obligaciones propios el ejemplo más palpable sería Cruz Roja Internacional.

2. Los contratos que deban adjudicarse de conformidad con un procedimiento de contratación específico que haya sido establecido en virtud de un instrumento jurídico, celebrado de conformidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con uno o varios Estados no signatarios de este último, que cree obligaciones de derecho internacional relativo a las obras, suministros o servicios que resulten necesarios para la ejecución o la realización conjunta de un proyecto por sus signatarios.

3. Los contratos que deban adjudicarse de conformidad con un procedimiento de contratación específico que haya sido establecido en virtud de las normas de contratación aprobadas por una organización internacional o por una institución financiera internacional, siempre y cuando estén financiados íntegramente o mayoritariamente por esa institución.

5. NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN, EL DESARROLLO Y LA INNOVACIÓN (42)

Está recogida la exclusión en el artículo 8 de la LCSP los negocios y contratos excluidos en el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación. En principio parece una contradicción con uno de los seis

mutuamente benéficas. Existen dos tipos de acuerdos comerciales: los de Cooperación internacional y los de Integración internacional.

– *El acuerdo administrativo*: Son modalidades de acción, entre las que cabe destacar las de intercambio, de comunicación, de concertación o de reconocimiento de documentos oficiales.

Y la segunda es la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

(41) HARIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Editorial Ariel. Barcelona. 1971. Págs. 147 y ss.

(42) Artículo 4 TRLCSP. Directiva 2014/24/UE, artículo 14; Considerando (35) y Directiva 2014/23/UE Considerando (25).



objetivos básicos que tenía la Comisión en 2011 (43), cuando se planteó redactar la Directiva con la idea de desarrollar procedimientos más eficaces que promuevan la innovación (como asociación para la innovación art. 177 de la LCSP).

En concreto la norma hace una exclusión genérica para acto seguido señalar contratos que sí se van a regular por la LCSP que cumplan las dos condiciones siguientes:

- Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.
- Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador:

Y solo en función de su objeto muy determinado por sus CPV (Vocabulario Común de Contratos Públicos):

73000000-2	(servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos);
73100000-3	(servicio de investigación y desarrollo experimental);
73110000-6	(servicios de investigación);
73111000-3	(servicios de laboratorio de investigación);
73112000-0	(servicios de investigación marina);
73120000-9	(servicios de desarrollo experimental);
73300000-5	(diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo);
73420000-2	(estudio de previabilidad y demostración tecnológica);
73430000-5	(ensayo y evaluación);

6. RELACIONES JURÍDICAS, NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS EN EL ÁMBITO DEL DOMINIO PÚBLICO Y EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL (44)

El artículo 9, deja fuera de la regulación de la LCSP:

1. Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales.

(43) Bruselas, 20.12.2011 COM(2011) 896 final 2011/0438 (COD). [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2011\)0896_/com_com\(2011\)0896_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2011)0896_/com_com(2011)0896_es.pdf). (Consultado 28/12/2017).

(44) El artículo 4 TRLCSP y la Directiva 2014/24/UE, artículo 10.a), y Directiva 2014/23/UE, artículo 10.8.a).



La exclusión a la que se refiere este artículo 9.1 son las llamadas «*concesiones de bienes demaniales*» y que no se tienen que relacionar con las «*concesiones de obras*» del artículo 14 de la LCSP (45).

El artículo 132.1 de la Constitución española, estableció que «*la ley regulará el régimen jurídico de los bienes del dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación*». Este precepto constitucional se materializó en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, aplicándose íntegramente a las relaciones jurídicas en la Administración General del Estado y Organismos Públicos estatales; y solo será de aplicación «*a las Comunidades Autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda*» de la misma, debiendo en el resto acudir a la normativa autonómica o local correspondiente, la cual, por lo demás, será, *mutatis mutandis*, prácticamente idéntica a la estatal.

El uso común de los bienes de dominio público podrá realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, según lo establecido en los actos de afectación o adscripción a la *demanio*, en su caso, así como en las disposiciones que sean de aplicación (art. 86.1 de la citada Ley 33/2003). Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público se encuentran recogidas con carácter general en los artículos 84 y siguientes, hay que tener en cuenta que diversas normas sectoriales también las regulan (Costas, Puertos, etc.).

Se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la LCSP.

2. Los contratos que se rigen por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (46).

Por el contrario el artículo 9.2 excluye los negocios jurídicos que recogidos en la Ley 33/2003 regulan los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas. Se incluyen también programas de ordenador que no deban ser calificados como contratos de suministro o servicios; estos tendrán el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típi-

(45) Informe 5/1996, de 7 de marzo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su cuando señala que «*la figura de la concesión demanial debe quedar relegada a supuestos que encajen en su concepto, sin que resulte aplicable a la misma la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino su normativa específica*».

(46) Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, para la Administración General del Estado.



cos regulados en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2.

Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas. Sus efectos y extinción se registrarán por la LCSP y las normas de derecho privado.

7. NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS EN EL ÁMBITO FINANCIERO (47)

Recoge en su artículo 10 la exclusión de la contratación de los servicios financieros, consistentes principalmente en préstamos para la financiación de operaciones de tesorería y la concesión de pólizas o líneas de crédito e instrumentos financieros análogos y, conjuntamente con éstos, de otros servicios financieros de las entidades concedentes de dichos préstamos o créditos, relativos a la apertura y gestión de cuentas y depósitos de fianzas, recaudación de tributos y otros ingresos y otros servicios bancarios comunes o accesorios (48), junto con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, y los contratos con las entidades de crédito para la compra y venta de deuda pública del Estado

Para un mejor concepto de instrumentos financieros la LCSP se remite directamente a la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros. A estos negocios se añaden los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad (49) y

(47) Artículo 4 TRLCSP, Directiva 2014/24/UE, artículo 10.e) y f); Considerando (26) y Directiva 2014/23/UE, artículo 10.8.e) y f).

(48) Informe 8/2016 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad de Valencia, de 30 de noviembre de 2016.

(49) Ver página web del Ministerio de Economía Industria Competitividad <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.b6c80362d9873d0a91b0240e026041a0/?vgnnextoid=e32f7cb59784c310VgnVCM1000001d04140aRCRD>.



los contratos de préstamo y operaciones de tesorería, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.

Por último señalar que los contratos de cuenta corriente bancaria suscritos por los entes, organismos o entidades del sector público en general, y por los entes locales en particular, al estar excluidos de la LCSP tienen naturaleza de contratos de servicios privados cuya adjudicación y preparación se rige por sus normas específicas, en su defecto por la LCSP (50).

8. OTROS NEGOCIOS O CONTRATOS EXCLUIDOS (51)

1. La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral.

El artículo 11,1 de la LCSP excluye las relaciones de servicio de los «*funcionarios públicos*» y los «*contratos regulados en la legislación laboral*». Luego se tiene que distinguir entre:

– Las relaciones de servicio de los funcionarios públicos. El Régimen jurídico de los empleados públicos se encuentran reguladas en la Ley 7/2007, de 12 de abril, que regula el Estatuto básico del Empleado Público (52). Sin embargo incluimos también por analogía al personal sujeto a la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En consecuencia toda vinculación de la Administración Pública y sus servidores, quedan fuera de la LCSP.

– Los contratos regulados en la legislación laboral.

Como señala el artículo 1.2 de la citada Ley 7/2007, se incluyen en esta exclusión las relaciones contractuales o laborales derivadas del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y demás normativa que regula las relaciones laborales especiales.

(50) Informe 5/2014, de 27 de febrero, de la Junta Consultiva de la Generalidad de Cataluña.

(51) Artículo 4 TRLCSP. Directiva 2014/24/UE, artículos 1.4; 1.5; 10.c), g), j); Considerandos (4 a 6) y (114) Directiva 2014/23/UE, artículos 2; 10.8.c) y h).

(52) Artículo 1 dispone:

«1. El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación.

2. Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.»



2. Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general.

Este tipo de relaciones jurídicas se encuentran recogidas en el artículo 11.2 de la LCSP. La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que es la que rige estas relaciones jurídicas (53).

3. Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación

Regulada esta exclusión en el artículo 11.3 de la LCSP son una transposición directa del Considerando 24 de la Directa 2014/24/UE y supone una vuelta a la línea de nuestra tradición histórica contractual pública de no facilitar estas prácticas (54), salvo en supuestos muy excepcionales relacionados con la contratación en el exterior en los que se recogen la posibilidad de someter a arbitraje las controversias suscitadas con los operadores privados en la ejecución o extinción de los contratos públicos (55). Este hecho supone ir contra prácticas cada vez más asentadas en las relaciones jurídico-privadas empresariales de la utilización de me-

(53) Ley General Tributaria en su artículo 2:

«1. Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.»

Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.

2. Los tributos, cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos:

a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

b) Contribuciones especiales son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.

c) Impuestos son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente.»

(54) El Real Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852, que estableció la primera normativa española sobre los contratos relativos a los servicios públicos, lo prohibió expresamente.

(55) El Reglamento General de Contratación del Estado de 1975 lo admitía cuando una ley expresamente lo autorizase.

La Ley General Presupuestaria de 1988 y la actual Ley 47/2003 posibilitaba el sometimiento a arbitraje de las controversias relativas a derechos de la Hacienda Pública, cuando éste fuera decidido expresamente por el Consejo de Ministros, previa audiencia al Consejo de Estado.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, mantuvo un régimen dual: en los contratos públicos en general, lo restringía a supuestos absolutamente excepcionales que justificaran una decisión singular al respecto por el Consejo de Ministros, pero lo permitía respecto a los contratos celebrados en el extranjero con empresas extranjeras.



dios alternativos a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos (56). Esta excepción supone un paso hacia atrás al abandonar los criterios de arbitrabilidad que el artículo 50 del TRLCSP admitía para el sector empresarial y que se había iniciado con la 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al aceptar con carácter general la arbitrabilidad de las controversias suscitadas en la ejecución y extinción de los contratos adjudicados por personas jurídico-públicas que –técnicamente– no tengan la condición de Administraciones públicas (57).

4. Contratos por los que el sector público se obliga a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio a otra entidad del sector público.

Esta exclusión está regulada en el artículo 11.4 de la LCSP. Sin embargo, hay que señalar que la normativa sobre contratación pública se aplica cuando las entidades del sector público suscriban contratos a «*título oneroso*» y por escrito cuyo objeto sea la adquisición de obras o de bienes o la prestación de servicios, con independencia de que el sujeto pasivo de la relación contractual pertenezca al sector público o al sector privado en consonancia con los artículos 1 y 2 de la LCSP. Luego para la normativa sobre contratación pública es irrelevante la naturaleza jurídica pública o privada del contratista y, en cambio, es determinante la naturaleza jurídica del sujeto que contrata, dado que es ésta la que genera la necesidad de aplicar la normativa de contratos del sector público con el nivel de sujeción que corresponda (58).

(56) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

(57) El sector público empresarial se aglutina entorno a las Entidades Públicas Empresariales y las sociedades públicas. A título de ejemplo se incluye ADIF, Puertos del Estado y Autoridades Portuarias de toda España, etc., y todas las sociedades del Estado, tanto las participadas por la SEPI como las dependientes de la DG de Patrimonio del Estado (RENFE, Navantia, Agencia EFE, las sociedades de Aguas como ACUAES y ACUAMED, MERCASA, TRAGSA, INECO ISDEFE; Grupo Correos, etc.).

(58) Informe 6/2017, de 16 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Catalunya. Informe 19/2016, de 28 de septiembre, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Informe 4/2013, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Catalunya, *con el asunto: Exclusión de determinados contratos de suministros suscritos por una sociedad municipal, del ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por aplicación de su artículo 4.1.g. De acuerdo con el artículo 4.1.g del TRLCSP, concluye que los suministros llevados a cabo por la sociedad municipal «Cementeris de Barcelona, SAU», relativos a la actividad de venta de urnas cinerarias, de lápidas de mármol y de productos accesorios, sobre bienes adquiridos para devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, están excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP.*

Informe 17/10, de 23 de mayo de 2011, de la Junta Consultiva: «*Consulta sobre distintos apartados y relativos al ámbito de aplicación de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a diferentes tipos de contratos de suministros celebrados por el Organismo autónomo Penitenciario y Formación para el Empleo para disponer de un sistema de adquisición de productos de naturaleza complementaria a los facilitados por la propia Administración Penitenciaria a los internos a través de economatos*», da respuesta a diversas cuestiones planteadas: Se trata de un Organismo Autónomo con la calificación de Administración Pública, no contrata en ejecución de una encomienda de gestión sino para sí mismo, la actividad que realiza en el tipo de contrato en cuestión tiene carácter comercial, industrial, financiero o análogo (por tanto resultaría



5. Contratos que tengan por objeto servicios relacionados con campañas políticas.

En el punto V del Título preliminar de la LCSP se señala que:

«Por lo que respecta al contenido, tomando como referencia las Directivas europeas y los principios que han guiado la elaboración de esta Ley, las principales novedades que presenta afectan, en primer lugar, a su ámbito de aplicación, dentro del cual se ha extendido el ámbito subjetivo, con la idea de aplicar estas normas a entidades no sujetas.

Así, se han incluido los partidos políticos, (59)[...].»

Sin embargo, en el artículo 11.5 nos encontramos una de las mayores contradicciones del legislador en relación a su voluntad de transparencia que inspira el artículo 3.4 de la misma Ley.

«[...] respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.[...].»

de aplicación la LCSP), pero, puesto que la consulta versa sobre la adquisición de suministro de materias primas para la posterior elaboración por parte de los internos, en el taller destinado a este fin, de bienes con el objetivo de devolverlos, con o sin transformación de los mismos, al tráfico jurídico patrimonial, a las personas físicas o jurídicas que realizaron los encargos, esta cuestión sí tiene cabida en el artículo 4.1.g). No obstante, se determina que, al no existir, para la contratación por el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, normas especiales que regulen su actividad contractual, entonces deberá regirse por los principios de la LCSP (de concurrencia, transparencia, igualdad, no discriminación y publicidad).

El Informe de la Junta Consultiva Comunidad de Madrid 1/2012, de 22 de febrero, sobre exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP de determinados contratos del IMIDRA (Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario) señala lo siguiente:

«1. Los contratos de suministro y de servicios que el IMIDRA precise efectuar para la ejecución de proyectos de investigación se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP siempre que sus resultados se incorporen al tráfico jurídico y su realización le haya sido encomendada mediante procesos de concurrencia competitiva.

Igualmente quedan excluidos los contratos de investigación remunerados íntegramente por el organismo autónomo, siempre que comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras no disponibles en el mercado.

Caso de que no se den los requisitos legalmente exigibles para este tipo de contratos, así como el resto de contratos que celebre el mencionado organismo autónomo, se encuentran plenamente sujetos a la aplicación del TRLCSP.

2. La adquisición de suministros para el desarrollo de la actividad comercial del IMIDRA constituye uno de los negocios jurídicos a que se refiere la letra g) del artículo 4.1 del TRLCSP, por lo que se encuentra excluida de dicha Ley.»

Informe 2/21011, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares.

(59) Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos.



Cuando se excluye los contratos de servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0 (servicios de campaña de publicidad), 92111230-3 (producción de películas de propaganda) y 92111240-6 (producción de videocintas de propaganda) (60). Esta contradicción es fruto de la imposición de la Directiva 2014/24/UE ya que recoge la misma en su artículo 10.j), pese a ser son un porcentaje muy alto del gasto que se financia por parte del Erario Público.

6. La prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que ésta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos.

Esta exclusión de los contratos de servicios sociales se justifica por la presión social (61) al tiempo que la jurisprudencia comunitaria (62) lo fundamentaba en su escasa cuantía por encontrarse en la mayoría de sus supuestos por debajo del umbral de regulación armonizada. Este hecho que hacía impreciso la necesidad de constitución de garantías definitivas por las empresas adjudicatarias, al igual que sus criterios de adjudicación no podía fundamentarse tan solo en el precio. Fruto de estas circunstancias fue recoger en la Directiva 2014/24/UE, en su artículo 4.d) y Considerandos 6 y 114, el argumento de la necesidad de excluir su aplicación o de regular un régimen específico diferente a los contemplados en los artículos de la propia Directiva 74 a 77 (contratos de servicios sociales u otros específicos) y que tienen correspondencia con el artículo 145 de la LCSP y la disposición adicional cuadragésima octava.

Todos estos argumentos motivaron que la LCSP en orden a garantizar los principios de transparencia y no discriminación exija que se cumplan unas condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, al tiempo, que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

(60) BERNAL BLAY, M. A., «Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos». *Observatorio de la contratación pública*. 2013. Zaragoza. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/relcategoria.208/chk.6382e5d9e72135346797141e6f9f6d96>. (Consultado 3/01/2018).

(61) La Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario de la Comunidad de Aragón prevén que pueden adjudicarse estos contratos al margen de la LCSP. El CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) analiza en su informe de 11 de noviembre de 201, sobre los avances para la discapacidad en la nueva Ley de Contratos del Sector Público señala «*que los mecanismos de licitación pública no garantizan la calidad de la atención a personas vulnerables, las cuales no deben ser dejadas en manos de la pura libre competencia*» <http://www.elperiodico.com/es/sociedad/20171114/el-cermi-analiza-en-un-informe-los-avances-para-la-discapacidad-en-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico-6423752> (consultada 22 de diciembre de 2017).

(62) STJUE de 17 de junio 1997 (asunto C-70/95); sentencia de 11 de diciembre de 2014, asunto C-113/13, decisión prejudicial, caso Spezzino; sentencia de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, decisión prejudicial, caso Casta); o la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1997 en el asunto Sodemare (asunto C-70/95).



TERCERA PARTE

ASPECTOS TRONCALES

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la Contratación Pública, la defensa del interés público y el respeto a los principios derivados del TFUE constituyen las bases de la regulación de esta materia. Actualmente, las normas de Contratación Pública consideran como valor principal los principios de libre concurrencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. Los contratos públicos, financiados total o parcialmente por el presupuesto, se ajustarán a los principios de transparencia, proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación (63).

El artículo 1.1 de la LCSP sigue la senda marcada por el TRLCSP introduciendo un nuevo principio, el de integridad (64) que no explica a lo

(63) Véanse las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo TJUE):

– Principio de igualdad de trato de los licitadores (SSTJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, y de 17 de marzo de 2005, AFCon Management Consultants y otros/Comisión).

– Principio de igualdad de oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas y sometimiento a las mismas condiciones (SSTJUE de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros).

(64) En relación a este principio, a juicio de los autores de esta obra, no deja de llamar la atención que el artículo 3.4 de la LCSP establezca este tratamiento especial:

«Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera



largo del texto legal introduciéndolo en su redacción de modo que no resulta sintácticamente comprensible en el entorno del propio apartado (65). Solamente en el párrafo primero de su Exposición de Motivos se señala lo siguiente: *«El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad».*

Sentado lo anterior, es preciso resaltar que, como ya se ha señalado, aunque la LCSP establece diferentes niveles de aplicación subjetiva del mismo, sin embargo regula un conjunto de aspectos comunes que son de obligada observancia en los contratos, tanto administrativos como privados, que se celebren por las diferentes entidades del Sector Público. Se encuentran recogidos en el Libro Primero, relativo a la *«Configuración*

de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.

Los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web.»

(65) Para más información señalar que la enmienda fue realizada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (enmienda 21) con un tenor sensiblemente diferente pues no venía precedido por la conjunción «y» (*«1. La presente ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta que presente mejor relación calidad-precio económicamente más ventajosa»*). Su justificación fue la siguiente:

«La actuación de la administración no debe responder al objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, sino que antes que nada garantizar que los servicios que se prestan a la ciudadanía tienen la misma calidad que tendrían si fuesen prestados directamente por la administración y debe basarse en una sostenibilidad del sistema público que no tiene que ver con la estabilidad presupuestaria entendida de una manera asfixiante para las administraciones.

Debe incluirse en el frontispicio de la ley las consideraciones de la contratación pública sostenible, con principios sociales, éticos, ambientales y de innovación como expresión del objeto y finalidad de la ley que en todo caso debe aspirar a ser un paradigma ético en el comportamiento de la administración y en su interacción con el sector privado.»



general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos», que, aunque también se recogía en el TRLCSP, introduce las siguientes novedades:

1. En el Título Primero:

– En el Capítulo I, que sigue llevando por título *«Racionalidad y consistencia de la contratación del sector público»:*

- Se modifica el título y el contenido del artículo 23 del TRLCSP con un nuevo artículo 29 sobre *«Plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación».*

- Se modifica el artículo 24 del TRLCP sobre *«Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares»* del TRLCP por el artículo 30 de la LCSP que lleva por título *«Ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados».*

- Se adicionan los siguientes artículos:

Artículo 31. *«Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal».*

Artículo 32. *«Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados».*

Artículo 33. *«Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados».*

– Se suprime el Capítulo IV sobre *«Remisión de información a efectos estadísticos y de fiscalización»* y su contenido pasa a recogerse en el artículo 335 dentro del Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto de la LCSP. De este modo, el Capítulo V sobre *«Régimen de Invalidez»* del TRLCSP pasa a ser el nuevo Capítulo IV de la LCSP y el Capítulo VI sobre *«Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos»* pasa a convertirse en el Capítulo V de la LCSP con un título distinto *«Del recurso especial»* y algunas modificaciones en relación a Recursos contra actos de poderes adjudicadores que no sean Administración Pública (art. 47), Legitimación por parte de las organizaciones sindicales (art. 48), Plazo de interposición (art. 50), Forma y lugar de interposición del recurso especial (art. 51), Acceso al expediente (art. 52), Comunicaciones y notificaciones (art. 54), Inadmisión (art. 55), Resolución del recurso especial (art. 57), Indemnizaciones y multas (art. 58), Efectos de la resolución del recurso especial (art. 59), y Emplazamiento de las partes ante los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 60).



2. En el Título II:

– En el Capítulo I, que sigue llevando por título «Órgano de contratación» se adiciona un nuevo artículo 64 sobre «*Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses*».

– En el Capítulo II:

- Se unifican en una sola Subsección las Normas generales y normas especiales sobre capacidad renumerándose el resto de las incluidas en la Sección relativa a «*Aptitud para contratar con el sector público*».

- En la Subsección 4.^a sobre «*Clasificación de las empresas*» se adiciona un nuevo artículo 80 sobre «*Acuerdos o decisiones de clasificación: competencia, eficacia, recurso y clasificaciones divergentes*».

3. En el Título III, se da nuevo título al mismo que pasa a ser «*Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión*», adicionándose en su Capítulo I los artículos 100 y 101 que hacen referencia, respectivamente, al «*Presupuesto base de licitación*» y al «*Valor estimado*».

4. En el Título IV, se cambia el orden del régimen de garantías regulándose primero, como era lógico, la garantía provisional y luego la garantía definitiva, y adicionando una nueva Sección 3.^a sobre «*Garantías prestadas por terceros y preferencia en la ejecución de garantías*» dentro del Capítulo I.

5. Finalmente, desaparece el Título V del Libro Primero que hacía referencia a la «*Modificación de los contratos*», pasando a ser regulada esta materia en la Subsección 4.^a de la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, artículos 203 a 207.

2. NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO

El artículo 28 de la LCSP, aunque recoge básicamente los mismos términos que se contemplaban en el artículo 22 del TRLCSP, sin embargo introduce las siguientes novedades:

1. Aunque mantiene lo previsto en el TRLCSP respecto de que las entidades no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales (66), debiendo dejar constancia con precisión de la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, de la idoneidad de su objeto y del

(66) Véase la Resolución del TACRC número 1065/2017, de 17 de noviembre.

contenido para satisfacerlas en la documentación preparatoria del contrato antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación (67), sin embargo matiza, indebidamente a juicio de los autores de esta obra, que ello será así «*cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad*», dando a entender que en el resto (procedimientos de licitación con negociación, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación) no será, sorprendentemente, así.

2. En el artículo 28.2 incorpora la referencia a la incorporación de consideraciones sociales y medioambientales (68) lo que recuerda la innovación introducida en el artículo 1.3 de la LCSP cuando señala que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva dichos criterios siempre que guarden relación con el objeto del contrato.

En relación con dichas condiciones, a juicio de los autores de esta obra, el sistema diseñado por el Legislador, como se tendrá oportunidad de analizar más adelante, orientan a que las mismas se pudieran plantear, en términos generales, como condiciones especiales de ejecución del contrato en los términos previstos en el artículo 202 de la LCSP que se refiere a «*Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden*».

Respecto a la documentación preparatoria, es decir, respecto a la fase interna del contrato en el que la entidad del Sector Público perfila su voluntad de contratar, se habla, en el caso de los contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador, del expediente de contratación (69).

En los contratos de servicios, tanto administrativos como privados, uno de los aspectos fundamentales que han de reflejarse en la fase interna del contrato, es el relativo a la necesidad de acreditar la insuficiencia de medios propios por parte de la entidad contratante, tal y como se resalta en el artículo 63.3.a) de la LCSP que lo considera como una información a incluir obligatoriamente en el perfil de contratante. Esta exigencia viene reconocida, con vigencia indefinida hasta que se proceda a su desarrollo

(67) Véase la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en lo sucesivo, TACRC) número 187/2013, de 23 de mayo, en la que se analizaba un contrato privado de servicios de corredor de seguros para el Ministerio de Defensa y en el que el recurrente argumentaba que no existía, en su opinión, necesidad real del contrato en términos del artículo 22 del TRLCSP. El mencionado Tribunal desestima el motivo alegado señalando que «*la necesidad de celebrar un contrato es algo que incumbe valorar al órgano de contratación y no a los licitadores, que no pueden pretender sustituir la decisión de la Administración sobre la base de sus meras opiniones subjetivas, siendo así que en el expediente de contratación se justifica motivadamente la necesidad de efectuar una contratación de un servicio de correduría que cubra todo el ámbito del Ministerio de Defensa, como trámite previo a la celebración de un contrato unificado de seguros para el Ministerio*».

(68) Véase Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública.

(69) Libro Segundo, Título I, Capítulo I, Sección 1.ª, Subsección 1.ª «*Expediente de contratación*».



reglamentario, en el Real Decreto 66/2008, de 25 enero, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2008 (70).

3. LIBERTAD DE PACTOS

En este aspecto troncal, el artículo 34 de la LCSP no introduce ninguna novedad respecto del artículo 25 del TRLCSP, es decir, mantiene que en los Contratos del Sector Público podrán incluirse cualesquier pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (71).

A diferencia del principio de autonomía de la voluntad que rige en el ámbito del Derecho Privado (72), en el de los Contratos del Sector Público las entidades han de celebrar contratos de acuerdo con lo previsto en la ley y el derecho (73). Lo señalado quiere decir que las partes deben sujetarse, en todo caso, a lo previsto obligatoriamente en el ordenamiento jurídico, y, en consecuencia, el poder de disposición de éstas para pactar la eficacia del pliego como ley del contrato se encuentra en un plano subordinado a las normas y principios del ordenamiento jurídico (74) y, en

(70) Artículo 13. La emisión del certificado de insuficiencia de medios humanos, previo a la contratación con el objeto de vincular el recurso a servicios externos a la Administración General del Estado a la política global de recursos humanos, corresponderá al responsable de personal de cada Departamento u Organismo informar el certificado de insuficiencia de medios humanos, en desarrollo de lo previsto en el artículo 22 del TRLCSP, mención que ha de entenderse hecha al artículo 28 de la LCSP.

(71) Véase como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, STS) de 27 de mayo de 2009, en la que se planteaba la posibilidad de que en los pliegos el órgano de contratación podría haber señalado que fuera posible actualizar el importe de los trabajos a los efectos de apreciar si su importe alcanzaría o no el 60 Por ciento del presupuesto material exigido, aunque no lo ejecutó congruentemente pues mientras en el apartado F del Anexo 3, no se contenía ninguna previsión respecto de la posibilidad de actualizar los presupuestos materiales de ejecución de los trabajos efectuados en los últimos 10 años, en el apartado E a la hora de valorar la Experiencia Profesional, dispone que *«para la especificación de los presupuestos de la obras a reseñar se tendrá en cuenta la actualización de los mismos, conforme al IPC del Instituto Nacional de Estadística»*. Por dicha razón, el Alto Tribunal concluye que, si se establecen criterios diversos, no se puede ir más allá del Pliego de Cláusulas y aplicar actualizaciones o modos de proceder no previstos.

(72) Artículo 1255 del Código Civil.

(73) Véase por su interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en lo sucesivo, STSJ) de las Islas Canarias de 29 de julio de 2011, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto porque el órgano de contratación no incluyó como era su obligación el requisito de clasificación en los pliegos de cláusulas administrativas de un contrato para la prestación del servicio de transporte sanitario terrestre mediante ambulancias de traslado y de transporte sanitario colectivo y ambulancias de soporte vital básico y avanzado.

(74) Véase la STSJ de Castilla y León de 28 de junio de 2013, en la que desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Salamanca contra una sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-administrativo que había anulado una cláusula del pliego de cláusulas administrativas, en cuanto establecía que serían por cuenta del contratista los gastos de honorarios de dirección de obra por un porcentaje de un 5 por ciento del presupuesto de ejecución material (P. E. M.), los gastos de control de calidad por un 1,5 por ciento del P. E. M., al entender que son gastos que debe satisfacer el promotor, esto es, la Administración. Para ello recordó que ninguno de dichos servicios

especial, con pleno respeto al principio de jerarquía normativa, de tal modo que solo se puede pactar lo que es derecho dispositivo, no las normas de *ius cogens* (75).

A sensu contrario, no sería causa de invalidez de un contrato la omisión que en el clausulado de los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiera producido en relación a una obligación regulada por la normativa vigente.

4. APTITUD Y CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO

A. **Especial referencia a la habilitación empresarial o profesional**

Dentro de la referencia a las condiciones que componen la aptitud y capacidad para contratar con las entidades del Sector Público, se incluyen tres ámbitos diferentes, el de la plena capacidad de obrar, el de la exigencia de solvencia y, en su caso, clasificación del contratista recogidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y, por último, el de la comprobación de la ausencia de concurrencia de prohibición para contratar recogidas en la LCSP.

Aparte de los señalados requisitos a los que más adelante se hará referencia, que determinará si un licitador se encuentra en condiciones de contratar con una entidad del Sector Público de acuerdo con lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el contrato, la LCSP mantiene en su artículo 65.2 la exigencia de que se compruebe que los empresarios dispongan de la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las pres-

pueden ser prestados indistintamente por terceros o por la Administración, estando ante servicios propios y de cargo del promotor de la obra que no pueden ser trasladados al contratista ni tan siquiera por el principio de libertad de pactos.

(75) STS de 25 de noviembre de 2003. Como ejemplo de lo señalado, en la Resolución del TACRC número 70/2013, de 6 de febrero, se declaró la nulidad de una cláusula en la que, después de recoger lo previsto en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, RGTRLCAP) respecto de bajas anormales o desproporcionadas que continuaba vigente, incluía una nota en la que se establecía la posibilidad de modificar lo previsto en el propio pliego al señalar que «cuando el órgano de contratación lo estime oportuno, podrá fijar cuántas unidades porcentuales por debajo de la media servirán para determinar que una oferta es anormal o desproporcionada», añadiendo en nota a pie de página correspondiente a dicha nota que «La indicación de 10 unidades porcentuales podrá ser reducida hasta un máximo de 5».



taciones que constituyan el objeto del contrato (76). Dicho requisito general de aptitud ha de ser interpretado en el sentido de que trata de demostrar que el empresario posee la aptitud legal para el ejercicio de una actividad profesional sin necesidad de que, por ejemplo en el caso de los contratos menores por su especial naturaleza, en dicha expresión genérica se encierre la necesidad de demostrar una determinada solvencia técnica o profesional (77). Por ello, cuando se habla de solvencia técnica o profesional se está pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión que, por regla general y como es lógico, serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer una profesión u oficio de forma legal. En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el artículo 65.2 es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el Legislador al exigirlo es evitar que el Sector Público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal. En este sentido, será una comprobación especialmente adecuada para evitar que se continúen celebrando contratos menores con meros intermediarios que, por sí mismos, no cuentan con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

En relación a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trate, es preciso significar que continúa vigente la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, modificada por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que establece que el acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren excepcionales circunstancias, debiendo sustituirse esta autorización por la declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad (78).

Para finalizar, es preciso señalar que el artículo 39.2.a) de la LCSP ha incluido como novedad, dentro de las causas de nulidad de los contratos, la celebración de los mismos con falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

(76) Véanse Resoluciones del TACRC número 26/2016, de 15 de enero, y del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía número 419/2015, sobre sustitución de la falta de habilitación empresarial o profesional del licitador mediante subcontratación.

(77) Véanse en relación a este asunto, ya felizmente superado, el Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en lo sucesivo, JCCA) número 1/2009, de 25 de septiembre, y las Resoluciones del TACRC número 8/2011, de 2 de febrero, número 16/2012, de 13 de enero, y número 37/2012, de 3 de febrero, en la que se reitera la doctrina recogida en la anterior Resolución.

(78) Artículos 5 y siguientes.



B. Acreditación del cumplimiento de los requisitos previos

Como cuestión previa es preciso señalar que la LCSP ha recogido en el artículo 140 la figura del Documento Europeo Único de Contratación, por virtud del cual los licitadores, salvo que se presentasen a un procedimiento abierto simplificado a tenor del artículo 159.4.a) en cuyo caso habrá de estar inscritos en el correspondiente Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (en lo sucesivo, ROLECE), deberán presentar el modelo de declaración responsable adaptado al mencionado documento, quedando diferida la comprobación de los extremos de capacidad y aptitud para contratar solamente para aquel licitador que haya presentado la mejor oferta al momento previo a dictar el acuerdo de adjudicación del contrato, salvo que pudieran concurrir alguna de las siguientes circunstancias previstas en los apartados 2 y 3 del mencionado artículo 140:

1. Que, de conformidad con la LCSP, el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo exigiera la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del documento europeo único de contratación, en cuyo caso se indicará la forma de su acreditación.

2. Que el órgano o la mesa de contratación pidan a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato, salvo que estuviesen inscritos en el ROLECE o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y éstos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos.

Como importante novedad se incluye en el artículo 140.4 que las circunstancias relativas a la capacidad y aptitud para contratar deberán, no solo concurrir en la fecha final de presentación de ofertas, sino subsistir en el momento de perfección del contrato.

C. Capacidad de obrar

Sea cual sea el momento en que se efectúe la comprobación de la capacidad de obrar del licitador que haya presentado la mejor oferta, deberá quedar acreditado, sin ningún género de duda (79), que éste cuenta con

(79) En este sentido, téngase en cuenta la Resolución del TACRC número 142/2011, de 11 de mayo, en la que se declara que aunque no se exija en los pliegos de cláusulas administrativas que

la plena capacidad de obrar, por lo que no resultarán aplicables a los contratos públicos las normas previstas en la normativa civil para remediar la falta de capacidad de obrar de una persona bien por ser incapaz, bien por ser menor de edad. En tales casos, la LCSP es tajante al sancionar en el artículo 39.2.a) con la nulidad de pleno derecho los contratos celebrados con un contratista al que le faltase capacidad de obrar.

De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar la personalidad jurídica del contratista y, en su caso, de su posible representación, distinguiendo los siguientes supuestos:

1. En el caso de las personas físicas, la capacidad de obrar se presume con la mayoría de edad. Dicho requisito, a tenor del artículo 21 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, RGTRLCAP) que continúa vigente, a tenor de la disposición derogatoria única de la LCSP, en tanto no se oponga a lo dispuesto en la misma.

2. En el caso de que el contratista fuese una persona jurídica (80), en todo caso las prestaciones objeto del contrato han de estar comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, le sea propio (81) permitiéndose, en caso

la acreditación sea fehaciente ello no implica que para su acreditación sea exigible alguno de los documentos a los que la Ley atribuye el efecto de hacer fe, es decir los notariales, administrativos o judiciales que reúnan determinados requisitos, pero tampoco que deba admitirse una simple declaración de parte a la que, como tal, no es posible dar el mismo crédito que a los documentos emitidos por terceras personas a quienes cabe atribuir un adecuado nivel de veracidad, y que en su caso podrían resultar admisibles. En resumen, acreditar siempre implica que el medio a través del cual pretende hacerse tenga un nivel de credibilidad aceptable, aún cuando la Ley, por las circunstancias intrínsecas del documento, no le atribuya la condición de documento fehaciente. Sobre este particular, véase también la Resolución del TACRC número 175/2011, de 29 de junio.

(80) Véanse los Informes siguientes de la JCCA:

- Informes 12/2003, de 23 de julio, y 55/2008, de 31 de marzo de 2009, para el caso de sociedades civiles ha señalado que posee dicha capacidad (art. 35 CC), salvo en el caso de aquellas cuyos estatutos permanezcan secretos y sus socios contraten en su propio nombre (art. 1669 CC), sin que sea preciso su inscripción en el Registro Mercantil Central (STS de 24 de febrero de 2000 que anula el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre), y siempre que su objeto social comprenda la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

- Informe 12/2003 ha señalado que carecen de capacidad de obrar las comunidades de bienes.
- Informes 56/1997, de 2 de marzo y 32/1998, de 30 de junio, ha señalado que no es posible contratar con varias personas jurídicas, salvo que formen parte de una misma persona jurídica o de una UTE.

Por lo que se refiere a las sociedades cooperativas, véase STS de 9 de diciembre de 2004 que se pronuncia sobre su capacidad en relación con el cumplimiento de sus requisitos de constitución.

(81) Véanse la Resolución del TACRC número 208/2013, de 5 de junio, a propósito de un contrato de suministro de sueros de irrigación y lavado convocado por la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud, y la STSJ de las Islas Canarias, de 20 de mayo de 2011, en la que se estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la falta de adecuación de las empresas que acudieron formando UTE con el objeto del contrato para la Gestión, Explotación y Mantenimiento del Palacio de Congresos Tenerife Sur.



contrario, la posibilidad de que pueda recurrirse a la subcontratación (82) por venir así contemplado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en la oferta presentada por los licitadores (83).

A los efectos señalados, no se exige que haya una coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato, entendiendo que la interpretación del artículo 66 de la LCSP debe hacerse en sentido amplio, es decir, considerando que lo que dicho artículo establece es que las prestaciones objeto del contrato deben estar incluidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa (84). En el caso de que el contratista fuera una UTE, todas las empresas deberían haber acreditado dicha relación (85).

Una vez cumplida la exigencia inexcusable de capacidad de obrar, cabe distinguir los siguientes casos:

1. Que sea nacional, en cuyo caso acreditará dicha capacidad mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional debidamente inscritos en el Registro público que corresponda (86).

2. Que sea extranjero comunitario o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (87), en cuyo caso tendrán capacidad de obrar cuando, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate. Cuando dicha legislación exija una autorización especial o la pertenencia a una determinada organización para poder prestar el servicio de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito (88).

(82) Artículo 215.

(83) Véase, para el caso de empresas de seguridad, la Resolución del TACRC número 169/2012, de 3 de agosto.

(84) Véanse las Resoluciones del TACR números 148/2011, de 25 de mayo, y 154/2013, de 18 de abril, con cita de los informes 8/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, y del Informe 11/2008, de 30 de abril de 2009 de la Junta Consultiva de Baleares.

(85) Véase la Resolución del TACRC número 247/2011, de 26 de octubre, en la que se señala que «En el mismo sentido se han pronunciado repetidamente los órganos consultivos en materia de contratación administrativa, en particular el informes 8/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña y el informe 11/08, de 30 de abril de 2009, de la Junta Consultiva de Baleares, que analizan específicamente y con detalle el cumplimiento del requisito de capacidad de obrar de las Uniones Temporales de empresarios. La conclusión de ambos informes es unánime en el sentido de que todas las empresas que integran una UTE tienen que acreditar una relación directa o indirecta entre su objeto social y las prestaciones incluidas en el objeto del contrato. Cada una de ellas tiene que acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad de obrar, entre los que se halla la adecuación entre sus fines, objeto y ámbito de actividad y las prestaciones objeto del contrato».

(86) Artículo 84.1.

(87) Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992 (firmado en Oporto) con adaptación de 17 de marzo de 1993 (Bruselas), y que fueron ratificados por España en Instrumento de 26 de noviembre de 1993. Forman parte de dicho espacio, aparte de los países miembros de la Unión Europea, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

(88) Artículo 67.

La capacidad de obrar se acreditará por su inscripción en el registro procedente de acuerdo con la legislación del Estado donde están establecidas, o mediante la presentación de una declaración jurada o un certificado, de acuerdo con las disposiciones comunitarias de aplicación (89).

3. Que sea extranjero no comunitario, en cuyo caso deberá acreditar su capacidad de obrar mediante informe de la Misión Diplomática Permanente de España (90) en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa. Estos empresarios deberán justificar en dicho informe que su Estado de procedencia admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración y con los entes del Sector Público asimilables a los enumerados en el artículo 3 de la LCSP, en forma sustancialmente análoga (principio de reciprocidad). En los contratos sujetos a regulación armonizada se prescindirá del informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio (91).

Adicionalmente, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá exigir a estas empresas no comunitarias que resulten adjudicatarias de contratos de obras que abran una sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones, y que estén inscritas en el Registro Mercantil.

4. Que extraordinariamente la figura del contratista pudiera estar constituida por más de una persona jurídica, en cuyo caso deberían constituirse en una Unión Temporal de Empresarios (en lo sucesivo, UTE) (92)

(89) Artículo 84.2.

(90) Resulta curioso que el artículo 84.3 mantiene esta denominación cuando el artículo 68.1 ha sido modificado y ha introducido la de «*Oficina Económica y Comercial de España en el exterior*» en lugar de la anterior de «*Misión Diplomática Permanente española*».

(91) El Derecho Comunitario de la Contratación Pública se ha impulsado con el fin de lograr la consecución del Mercado Interior. Sin embargo, dicha iniciativa a nivel comunitario se enmarca en un panorama mundial más amplio y, en muchas ocasiones, olvidado. En este sentido, ya desde el final de la II Guerra Mundial, Estados Unidos en unión con sus aliados diseñó un nuevo orden mundial. Dicho orden, en el ámbito económico, se basó en tres pilares: El Monetario, que culminó con la creación del Fondo Monetario Internacional, el Financiero, que trajo consigo la fundación del Banco Internacional para la Construcción y el Desarrollo, actualmente denominado Banco Mundial, y el Comercial, cuya gestión quedó paralizada en el Acuerdo General sobre las Tarifas Aduaneras y el Comercio (más conocido como Acuerdo GATT) por la oposición de los Estados Unidos a la Carta de La Habana de 1948, hasta que, después de ocho ruedas de negociaciones, el proceso culminó en 1994 con la creación de la Organización Mundial del Comercio, cuya Acta Final incluye las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda de Uruguay y una serie de acuerdos (Agrupados en cuatro anexos. Anexo 1A, compuesto por catorce acuerdos; entre los que destaca el relativo a Comercio de Mercancías; Anexo 1B, sobre Comercio de Servicios; Anexo 1C, sobre aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; Anexo 2, relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias; Anexo 3, sobre mecanismos de examen de las políticas comerciales; Anexo 4, sobre Contratación Pública) entre los que destaca éste último relativo al Acuerdo sobre Contratación Pública.

(92) Hay que diferenciar esta figura de la Agrupación de Interés Económico creada por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (en el ámbito comunitario Agrupación Europea de Interés Económico, regulada por el Reglamento (CEE) 2137/1985 del Consejo de 25 de julio) y basada en la figura jurídica francesa *Groupement d'intérêt économique*. Se

que, aunque carecería de personalidad jurídica (93), sin embargo la LCSP le concede la capacidad para contratar, en base a que se trata de una comunidad de interesados de carácter circunstancial que se sustenta sobre la personalidad jurídica de los partícipes vinculados por la responsabilidad solidaria (94) frente a la Administración, siempre que cumpla los siguientes requisitos (95):

– Que se constituya temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de la misma en escritura pública, a pesar de lo que indica el artículo 69.1 de la LCSP que sigue arrastrando el error que se mantenía en el artículo 59.1 del TRLCSP cuando señala como instante propicio aquel en que «*se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor*», en alguno de los siguientes momentos:

- En el caso de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, se plantea la duda de si la constitución de la UTE deberá producirse una vez que se conoce que ha sido seleccionada su oferta como la mejor oferta y se abre el plazo para que se cumplimenten los requisitos a que se refiere el artículo 150.2 de la LCSP, o si el artículo 69.1 debería referirse al momento previo a la formalización del contrato una vez que el

trata de una sociedad mercantil, sin ánimo de lucro con personalidad jurídica propia que se regirá por dicha Ley y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza. Su objetivo social exclusivo será una actividad económica auxiliar de la que se desarrollen sus socios. Por dicha razón no tendría capacidad para contratar con el Sector Público a tenor de lo previsto en el artículo 57.1 del TRLCSP. Para más información sobre dicha figura, véase MARTÍN REYES, M. A., «Las Agrupaciones de Interés Económico», *Cuadernos* número 25, Universidad de Málaga, 1993, pp. 11-36.

(93) Informes JCCA números 49/1972, de 11 de diciembre, 72/1982, de 18 de noviembre, 32/1984, de 15 de octubre, 8/1998, de 11 de junio, 12/1999, de 17 de marzo, 69/1999, de 11 de abril de 2000, y 50/2006, de 11 de diciembre, considera a las UTEs como «*una comunidad de interesados de carácter circunstancial que se sustenta sobre la personalidad jurídica de los partícipes, vinculados por la responsabilidad solidaria frente a la Administración*». Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional (en lo sucesivo, SAN) de 18 de enero de 2012 a propósito de la alegación formulada por la Abogado del Estado en torno a la inadmisibilidad del recurso por ausencia de acuerdo corporativo, de conformidad con el artículo 69.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con el artículo 45.2.d) de la misma Ley, en la que llega a calificar la UTE como «*sociedad interna sui generis*».

(94) Resulta de interés la Resolución del TACRC número 193/2012, de 12 de septiembre, en la que, a la hora de analizar la adecuación de un aval presentado por las empresas con la intención de constituir una UTE, indica que, ante la ausencia de una indicación expresa de que las mismas lo han otorgado de modo solidario, es igualmente cierto que en el documento presentado se recoge claramente la obligación de la avalista de garantizar a las empresas, sin establecer un límite cuantitativo para cada una de ellas, dentro de la cuantía total del importe prestado, siendo así, por lo demás, que el artículo 59 del TRLCSP establece que los empresarios integrantes de una unión temporal de empresas quedan obligados solidariamente ante la Administración del cumplimiento de las obligaciones que deriven del contrato, precepto del que cabe extraer, pues, un principio general de solidaridad en las obligaciones contraídas por las empresas integrantes de una unión temporal en materia de contratación administrativa, según ha considerado el Tribunal Supremo (en este sentido, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de mayo de 2005, que cita también el artículo 8.e) 8.º de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, conforme al cual la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común será en todo caso «*solidaria e ilimitada para sus miembros*»).

(95) Artículo 69 de la LCSP.



órgano de contratación a tenor del artículo 150.3 ha requerido al adjudicatario para tal efecto. En nuestra opinión, la segunda postura sería la adecuada pues, hasta que no se produce dicho requerimiento, las empresas que concurren formando UTE no tendrán la seguridad de que ésta podría constituirse en contratista.

- En el supuesto de que las entidades tengan la consideración de no poderes adjudicadores, hasta el momento que se prevea en las instrucciones internas (96) que se dicten al efecto ex artículo 321.1 de la LCSP.

- Que los empresarios queden obligados solidariamente y nombren un representante o apoderado único de la unión, que no habrá de ser necesariamente una persona física (97), con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

- Que la duración de la UTE sea coincidente con la del contrato hasta su extinción.

En todo caso, es necesario que cada una de las empresas se encuentren convenientemente representadas a la hora de presentar la oferta para entender válidamente formulado su compromiso de concurrir integrados en una UTE (98), y que sus poderes lleguen a cubrir el valor estimado del contrato al que licitan (99).

(96) Disposición transitoria quinta. Instrucciones internas de contratación.

Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 317 y 321 319 en el plazo máximo de 4 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.

(97) Véase Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 130/2017, de 26 de abril, por el que el representante de la UTE no debe ser necesariamente una persona física.

(98) Resolución del TACRC número 62/2011, de 9 de marzo, que analiza el necesario poder de representación que se ha de acompañar por parte de cada empresa al compromiso futuro de constituir la Unión Temporal. Además, es interesante examinar la Resolución del TACRC número 135/2012, de 20 de junio, en la que el mencionado Tribunal estima parcialmente el recurso especial interpuesto, dado que el órgano de contratación admitió indebidamente como solidario un apoderamiento que se había otorgado de modo mancomunado, admitiendo indebidamente el compromiso de constituir la Unión Temporal con la sola firma de uno de los dos apoderados.

(99) Véase la Resolución del TACRC número 184/2011, de 13 de julio, en la que una empresa presentó escritura de apoderamiento por importe máximo de 250.000 euros cuando el valor estimado del contrato era de 506.000 euros. En relación a dicha cuestión, el Tribunal señaló que el artículo 59 dispone en su apartado 2, que los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente. Por su parte, los artículos 21 y 24 del RGTRLCAP establecen en primer lugar que los que comparezcan o firmen proposiciones en nombre de otro acompañarán también poder bastante al efecto, y en segundo que en las uniones temporales de empresarios, cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia. Ello quiere decir que si la UTE resultara adjudicataria sus miembros responderían solidaria y no mancomunadamente de la ejecución del contrato, con independencia de cuál sea la participación en la Unión. Así la voluntad de cada uno de los integrantes de la Unión debe abarcar la totalidad de la oferta, de modo que si el poder del representante de una empresa no es suficiente para comprometerla respecto de la totalidad del contrato, debe entenderse insuficiente el apoderamiento de una de las empresas participantes en la UTE y por ende viciada su oferta.



La LCSP aclara la situación de la UTE que se ha presentado al procedimiento de contratación con una determinada composición empresarial y que posteriormente, bien antes de la formalización bien con posterioridad a ésta, ve alterada las empresas que formarán la misma. Se trata de una reforma muy necesaria ya que sobre este aspecto nada decía el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, TRLCAP) ni el RGTRLCAP.

Ahora el artículo 69.8 y 9 de la LCSP distingue dos casos, según que la modificación de la composición empresarial de la UTE se haya producido durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato o con posterioridad a ésta:

1. Si se produjo la modificación durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato, la UTE quedará excluida del procedimiento, salvo en los siguientes supuestos:

– Cuando la modificación consista en una alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación.

– Cuando la alteración se refiera a operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto alguna o algunas empresas integradas en la UTE. En caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad no sean empresas integrantes de la UTE, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

2. Si se produjo la modificación una vez formalizado el contrato, la UTE quedará excluida del procedimiento, salvo en los siguientes supuestos:

– Cuando la modificación suponga el aumento del número de empresas, la disminución del mismo, o la sustitución de una o varias por otra u otras, se necesitará la autorización previa y expresa del órgano de contratación, debiendo haberse ejecutado el contrato al menos en un 20 por 100 de su importe o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del plazo de duración del contrato. En todo caso, será necesario que se mantenga la solvencia o clasificación exigida y que en la nueva configuración las empresas que la integren tengan plena capacidad de obrar y no estén incurso en prohibición de contratar.

– Cuando la alteración se refiera a operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto alguna



o algunas empresas integradas en la UTE. En caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad no sean empresas integrantes de la UTE, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

– Cuando alguna o algunas de las empresas fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que éstas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos.

D. Solvencia

a) PLANTEAMIENTO PREVIO

En primer lugar, hay que indicar que la LCSP ha suprimido la posibilidad de que las entidades que no sean Administración Pública-Poder Adjudicador o no Poder Adjudicador puedan incluir en sus contratos otros medios de prueba distintos a los previstos en la propia Ley (100). Por tanto, a partir de la entrada en vigor del nuevo artículo 86 la aplicación de lo previsto en la misma tendrá carácter verdaderamente transversal respecto de los contratos celebrados por el Sector Público.

A la hora de planificar la fase interna del contrato, la verdadera dificultad para el órgano de contratación consistirá en concretar si la solvencia que estima necesaria para ejecutar el contrato ha de incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (101) o en el contrato como criterios de selección, es decir como criterios de solvencia, como criterios de adjudicación, o como condiciones especiales de ejecución contractual (102). Por lo tanto, a la hora de afrontar cada caso concreto, el órgano

(100) Véase Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 8/2016, de 13 de enero.

(101) Artículos 122.2 y 145.5 de la LCSP. El artículo 166.2 de la LCSP señala que en los pliegos de cláusulas administrativas del procedimiento de licitación con negociación se determinarán los criterios de adjudicación aplicables.

(102) Véase, por ejemplo, el caso del Instituto Cervantes, que exigía en los PPTS de un contrato de servicios de vigilancia no armada y seguridad, servicios de mantenimiento de cámaras y servicios auxiliares complementarios para sus sedes, que indebidamente, como así lo declaró la Resolución del TACRC número 130/2011, de 27 de abril, incluía la obligación de que *«las ofertas deberán incluir un seguro de responsabilidad civil que cubra los riesgos derivados de la realización de los servicios objeto del presente pliego, con un capital asegurado mínimo por un importe igual al presupuesto de licitación. No podrá ser admitida a licitación la empresa que no presente póliza de responsabilidad civil o cuyo capital asegurado sea inferior a la cuantía solicitada»*. El Tribunal, después de un exhaustivo análisis, señala que en la fase interna del contrato debería haberse contemplado como una condición especial de ejecución del contrato. En el mismo sentido, respecto de la exigencia de un seguro de responsabilidad civil, véase la Resolución del TACRC número 16/2012, de 13 de enero.



de contratación habrá de recorrer el camino metodológico señalado, de modo que le permita llegar a alumbrar la solución más adecuada a la necesidad que pretende satisfacer.

b) MEDIOS DE ACREDITACIÓN

La LCSP introduce en el artículo 86.1 y 3 dos importantes novedades en la acreditación de los diferentes medios de solvencia:

1. Hasta ahora imperaba el principio general en virtud del cual la entidad contratante debía, imperativamente, concretar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los medios que acreditaran la solvencia exigible anunciándolo en el correspondiente anuncio de licitación. Es decir, se debían fijar por parte del órgano de contratación pero necesariamente entre los establecidos en el TRLCSP, según el contrato de que se tratara.

Ahora, aunque el mencionado artículo 86.1 mantiene en el primer párrafo dicho principio, sin embargo lo matiza del siguiente modo:

– Para todo contrato y solamente para la acreditación de la solvencia económica y financiera, establece que, cuando el operador económico por una razón válida no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditarlas por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado.

– Para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación, además de los medios de acreditación a que se refieren los artículos 87 a 91 de la LCSP, podrá admitir de forma justificada otros distintos.

Lo que se recoge respecto de la solvencia técnica es una previsión tendente a flexibilizar la acreditación de la solvencia técnica o profesional por las empresas de nueva creación, respecto de los contratos de obras, suministros y servicios que no están sujetos a regulación armonizada o que, en el caso de las obras tengan un valor estimado inferior a 500.000 euros (importe coincidente con el que determina la exigencia de clasificación en el contrato de obras, conforme al artículo 77 de la LCSP), contratos todos ellos que son los que, por definición, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE. Por tanto, si quedan fuera del ámbito de la Directiva es perfectamente posible que el legislador español haya recogido una norma más flexible y amplia, que facilite el acceso a las licitaciones de empresas de nueva creación, dinamizando la actividad económica y facilitando el emprendimiento empresarial. De aquí se deduce la idea de que la voluntad del legislador ha sido la de reconocer flexibilidad



para acreditar la solvencia técnica y profesional por las empresas de nueva creación solo respecto de los contratos no sujetos a la citada Directiva, que son precisamente aquellos que por razón de su importe conllevan una menor sujeción a la rigidez de los requisitos de solvencia y cuya ejecución implica generalmente una menor complejidad técnica (103).

2. Por fases sucesivas en los contratos de concesión de obras y concesiones de servicios en los que en su ejecución se requieran medios y capacidades distintas. En estos casos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán diferenciar requisitos de solvencia, distintos para las sucesivas fases del contrato, pudiendo los licitadores acreditar dicha solvencia con anterioridad al inicio de la ejecución de cada una de las fases. En el caso de que un empresario no acreditara su solvencia antes del inicio de la ejecución de la correspondiente fase, se resolverá el contrato por causas imputables al mismo.

c) FULCACIÓN DE LOS MEDIOS DE SOLVENCIA

La concreción de los medios de solvencia ha de realizarse por la entidad del Sector Público en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en función del objeto del contrato (104), y con sujeción a las siguientes condiciones:

1. Han de ser determinados (105). En relación a esta condición, es preciso señalar que el inciso final del primer párrafo primero del artículo 92 de la LCSP ha acabado definitivamente con la situación de parálisis, consagrada por el último inciso del párrafo primero del artículo 79.bis) del TRLCSP, que dejaba pendiente del correspondiente desarrollo reglamentario (106) la entrada en vigor de la prescripción en virtud de la cual, si no se hubieran detallado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los requisitos mínimos de solvencia con referencia a las magnitudes, parámetros o ratios y a los umbrales o rangos de valores, se aplicarán los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente.

(103) Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la LCSP.

(104) Véanse Resoluciones del TACRC número 60/2011, de 9 de marzo, y número 172/2011, de 29 de junio.

(105) Véase la Resolución del TACRC número 193/2012, de 12 de septiembre.

(106) El artículo 79.bis del TRLCSP, introducido por la disposición final tercera, Cuatro de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, demoraba su entrada en vigor, a tenor de lo previsto en el párrafo segundo de la disposición transitoria cuarta, «conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos».



2. Han de estar vinculados, a tenor del artículo 74.2 de la LCSP, con el objeto y el importe del contrato (107), lo que quiere decir que ha de existir la necesaria proporcionalidad entre los requisitos de solvencia que se exijan y la naturaleza y valor estimado del contrato a celebrar. En este sentido, el nuevo apartado 4 del artículo 87 dispone, respecto de la solvencia económica y financiera, que deberá resultar proporcional al objeto contractual de conformidad con lo establecido en el artículo 74.2, no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las pequeñas y medianas empresas (en lo sucesivo, PYMES).

3. Además, como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la Contratación Pública, en ningún caso dichos criterios puedan producir efectos discriminatorios (108).

d) ACREDITACIÓN CON MEDIOS AJENOS

El artículo 75 de la LCSP procede a modificar profundamente el hasta ahora vigente artículo 63 del TRLCSP, relativo a la acreditación de los medios de solvencia a través de medios ajenos (109), en el siguiente sentido:

1. Mantiene que para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, pero adiciona la referencia relativa a que, para ello, la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

2. Introduce las siguientes novedades, siempre que, en el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, no se exija en el correspondiente pliego que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una UTE, por un participante en la misma (110):

(107) Véanse Resoluciones del TACRC número 223/2012, de 11 de octubre, y número 39/2013, de 23 de enero.

(108) Véase la STSJ de Cataluña de 17 septiembre de 2012.

(109) Véanse la STJUE de 10 de octubre de 2013, las Resoluciones del TACRC números 78/2012 y 79/2012, de 30 de marzo, y la STSJ de Castilla y León de 24 de enero de 2012.

(110) En relación con el citado asunto, véanse:

– Informe JCCA número 45/2002, de 28 de febrero de 2003, citada en la Resolución del TACRC número 185/2011, de 13 de julio: Sobre el informe de instituciones financieras o el seguro de riesgos profesionales o las cuentas anuales.



– Señala que, no obstante con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si éstas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

– Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades. Dicho compromiso se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150.

– Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, se podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre ellas, incluso con carácter solidario.

e) SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA

1. *Introducción*

Resulta claro, a juicio de los autores de esta obra, que lo que a las entidades del Sector Público les interesa cuando celebran un contrato es que el licitador demuestre que está en posesión de los medios, de cualquier clase, que sean necesarios para ejecutar el contrato, no que está en condiciones de responder financieramente en caso de que el contrato se incumpla. Precisamente por esta circunstancia la acreditación de solvencia financiera y económica no va dirigida hacia la exigencia del cumplimiento de la obligación de indemnizar por el incumplimiento, sino más exactamente a garantizar que el licitador cuenta con los medios financieros adecuados para el ejercicio de su actividad, muy especialmente en lo que se refiere a los compromisos que para la ejecución del contrato pueda contraer con terceras personas. Además los razonamientos anteriores ponen de manifiesto la diferencia entre la garantía del correcto cumplimiento del contrato, que persiguen los requisitos de solvencia económica y financiera, y la garantía de los daños y perjuicios derivados de la mala eje-

– STS de 12 enero de 2012: Sobre la imposibilidad de probar la solvencia económica o financiera por transferencia de la situación de otras empresas del mismo grupo.

– Informe JCCA número 29/2010, de 24 de noviembre, y Resoluciones del TACRC número 9/2011, de 2 de febrero, y 216/2011, de 26 de octubre: Sobre el cumplimiento de determinadas normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental. Dicha limitación resulta predicable, asimismo, de los contratos en los que se requiriera clasificación particularmente respecto a una UTE.



cución del mismo que está cubierta mediante la exigencia de la garantía definitiva.

Sin embargo, los argumentos anteriores no explican el por qué de la diferente exigencia de medios de prueba, a efectos de acreditar la solvencia económica y financiera, según que el licitador sea una empresa o un profesional. A efectos de clasificación, las empresas, en general, deberán acreditar un patrimonio neto mínimo, mientras que para los profesionales, que no tienen la condición de empresarios, se exigirá la disposición de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales con una determinada cobertura económica. Resulta así, que la diferencia radica, precisamente, en que el ejercicio de una profesión, en general, no requiere de la existencia de una organización ni contar con unos determinados medios financieros, sino que puede ser ejercida individualmente y con unos medios financieros irrelevantes, sin que por ello tenga que verse afectado el resultado del ejercicio profesional. Por el contrario, para el ejercicio de las actividades mercantiles propias de los contratos de obras y servicios que no tengan carácter profesional, sí es exigible la existencia de tal organización y disposición de medios.

Trasladado este criterio al ámbito de aplicación del artículo 87.1 de la LCSP se traduce en que para las actividades que deben calificarse como empresariales debe exigirse la acreditación de la solvencia mediante las declaraciones apropiadas de entidades financieras, mientras que para los profesionales procede exigir el justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales. Por lo tanto, no se trata de dos requisitos de los que se pueda disponer en régimen de alternancia sino que cada uno tiene un ámbito propio y excluyente según que el licitador fuera profesional o empresario (111).

2. *Medios de acreditación*

La LCSP en su artículo 87 introduce las siguiente novedades respecto a lo que se disponía en el artículo 75 del TRLCSP:

– En cuanto al volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, pasa a referirlo al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas.

(111) Véase el Informe JCCA número 78/2009, de 23 de julio de 2010.

En relación al volumen anual de negocios, dispone que no excederá de una vez y media el valor estimado del contrato (112), excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 336.

Cuando un contrato se divida en lotes, se aplicará en relación con cada uno de los lotes, salvo que el órgano de contratación decida establecerlo por referencia a grupos de lotes en caso de que al adjudicatario se le adjudiquen varios lotes que deban ejecutarse al mismo tiempo.

– Respecto a la ratio entre activos y pasivos establece que podrá tenerse en cuenta si se especifica en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato. Estos métodos y criterios deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorios.

– Para los contratos de concesión de obras y de servicios, o para aquellos otros que incluyan en su objeto inversiones relevantes que deban ser financiadas por el contratista, el órgano de contratación podrá establecer medios de acreditación de la solvencia económica y financiera alternativos a los anteriores, siempre que aseguren la capacidad del contratista de aportar los fondos necesarios para la correcta ejecución del contrato.

– Concreta los certificados que se considerarán suficientes para acreditar documentalmente la suficiencia de la solvencia económica y financiera al señalar, no como hacia el TRLCSP una referencia genérica a lo que se determinara reglamentariamente, las relativas a la certificación bancaria, a la póliza o certificado de seguro por riesgos profesionales, a las cuentas anuales y a la declaración del empresario indicando el volumen de negocios global de la empresa.

– Señala, con carácter subsidiario, que cuando los contratos no se encontraran sujetos a clasificación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares no se hubiesen concretado los criterios y requisitos mínimos para acreditar la solvencia económica y financiera, éstos se acreditarán de acuerdo a los siguientes:

- Respecto del volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a 1 año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a 1 año.

(112) Véase Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía número 2/2016, de 14 de enero.



Dicho volumen se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito (113). Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil lo acreditarán mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.

- Si los contratos tuvieran por objeto servicios profesionales, se acreditará mediante la disposición de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales por riesgos profesionales, vigente hasta el fin del plazo de presentación de ofertas, por importe no inferior al valor estimado del contrato, aportando además el compromiso de su renovación o prórroga que garantice el mantenimiento de su cobertura durante toda la ejecución del contrato. Este requisito se entenderá cumplido por el licitador o candidato que incluya con su oferta un compromiso vinculante de suscripción, en caso de resultar adjudicatario, del seguro exigido, compromiso que deberá hacer efectivo dentro del plazo de 10 días hábiles al que se refiere el apartado 2 del artículo 148 de esta Ley.

Dicho extremo se acreditará mediante certificado expedido por el asegurador, en el que consten los importes y riesgos asegurados y la fecha de vencimiento del seguro, y mediante el documento de compromiso vinculante de suscripción, prórroga o renovación del seguro, en los casos en que proceda.

f) SOLVENCIA TÉCNICA EN LOS CONTRATOS DE OBRAS

El artículo 88 de la LCSP introduce los siguientes cambios respecto de la regulación que se efectuaba en el artículo 76 del TRLCSP:

- Respecto de la relación de las obras ejecutadas reduce el período a 5 años y ya no concreta el aval mediante certificados de buena ejecución para las obras más importantes sino que lo extiende para todas las obras ejecutadas por el licitador (114).

Asimismo, añade que, cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, se podrá indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de las obras pertinentes efectuadas más de 5 años antes.

(113) En relación a dicho requisito de solvencia, resulta especialmente interesante analizar la posible capacidad probatoria de un licitador por medios ajenos. Respecto a dicha cuestión, véase la STJUE de 18 octubre 2012. Véase Resolución del TACRC número 201/2017, de 17 de febrero, sobre los requisitos que deben cumplir las cuentas anuales como medio de acreditar la solvencia económica, en el caso de una sociedad mercantil y de una fundación.

(114) Véase la Resolución del TACRC número 241/2012, de 31 de octubre, en relación a la imposibilidad de acreditar la solvencia técnica en base a obras ejecutadas exclusivamente para las Administraciones Públicas.



Este medio de acreditación no resultará exigible en contratos cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a 5 años.

– En relación al personal técnico, sustituye la expresión «*unidades técnicas*» por la de «*organismos técnicos*» estén o no integrados en la empresa, de los que ésta disponga para la ejecución de las obras, suprime la referencia específica que se hacía a «*los responsables del control de calidad*», y completa la redacción relativa a los documentos acreditativos correspondientes matizando «*cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación*».

– Respecto de los títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de las obras, adiciona un inciso final relativo a los técnicos encargados directamente de la misma, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación (115).

Sobre la pretendida exclusividad de determinados colectivos profesionales, que se consideran acreedores a ser los únicos destinatarios de algunas normas que realizan referencias genéricas al «*técnico competente*», al «*técnico responsable*» o al «*técnico superior competente*» (116), la doctrina legal del Tribunal Supremo se orienta en torno a las siguientes directrices:

- En materia de competencias de los profesionales titulados la regla es la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial a determinados títulos, por la interdicción de los monopolios competenciales, de forma que la reserva en exclusiva a un profesional titulado determinado con exclusión del resto debe interpretarse restrictivamente (117).

- La razón de dicho planteamiento viene motivada porque frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad

(115) Respecto al debatido tema de las competencias de los diferentes profesionales, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, SSTS) de 21 de abril de 1989 y 15 de octubre de 1992.

(116) Por ejemplo, en el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprobó el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

(117) SSTS de 24 de marzo de 2006, 10 de abril de 2006, 16 de abril de 2007, 16 de octubre de 2007, 7 de abril de 2008, 10 de noviembre de 2008 y de 22 de abril de 2009, y de 20 de febrero del año 2012.



técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido.

- No se trata de preceptos de atribución de competencias por lo que la determinación de cuál sea el técnico competente ha de efectuarse en atención al proyecto concreto de que se trate, teniendo en cuenta el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión (118).

- En relación al personal directivo concreta que deberá acreditarse el número de ellos y aportar la documentación justificativa correspondiente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

- Respecto de la declaración de maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de las obras, completa la redacción añadiendo que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

- Se sigue exigiendo que en el anuncio o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se especificarán los medios para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos, pero se añade que, de no ser así y cuando no sea exigible la clasificación, dicha acreditación se efectuará mediante la relación de obras ejecutadas en los últimos 5 años, que sean del mismo grupo o subgrupo de clasificación que el correspondiente al contrato, o del grupo o subgrupo más relevante para el contrato si este incluye trabajos correspondientes a distintos subgrupos, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por 100 de la anualidad media del contrato (119).

g) SOLVENCIA TÉCNICA EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO

En relación a la misma el artículo 89 de la LCSP introduce las siguientes novedades sobre lo que se preveía en el artículo 77 del TRLCSP:

- En relación a los principales suministros, matiza que han de ser de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato y

(118) STS de 15 de octubre de 1990.

(119) No obstante en el artículo 77.1.a) segundo párrafo inciso final de la LCSP se omite la referencia a este apartado, subsumiendo indebidamente todo esta problemática en el artículo 86.3 que, como ya se ha señalado, se aplica exclusivamente a la solvencia económico financiera. Efectivamente, el mencionado inciso dispone lo siguiente: «*Si los pliegos no concretaran los requisitos de solvencia económica y financiera o los requisitos de solvencia técnica o profesional, la acreditación de la solvencia se efectuará conforme a los criterios, requisitos y medios recogidos en el segundo inciso del apartado 3 del artículo 87, que tendrán carácter supletorio de lo que al respecto de los mismos haya sido omitido o no concretado en los pliegos*» (el subrayado es de los autores de esta obra).

reduce el período, como máximo (120), a los 3 últimos años. Para determinar que un suministro es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. Por lo tanto, zanja definitivamente la disquisición a favor de la acreditación de contratos de características similares al licitado, en detrimento de la tesis que abogaba por admitir un sumatorio de los suministros ejecutados en dicho período de tiempo (121).

Este medio de acreditación no resultará exigible en contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a 5 años.

Añade que cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros pertinentes efectuados más de tres años antes.

Asimismo dispone, extendiendo al contrato de suministro lo que ya se contemplaba en el artículo 78.1.a) del TRLCSP para el contrato de servicios, que, cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación, podrán acreditarse los suministros efectuados mediante una declaración del empresario pero en este caso deberá acompañarse de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Sin embargo, deja sin solucionar un tema que siempre se ha echado en falta, pues respecto a estos contratos y a los contratos de servicios, a diferencia de lo que resulta para los contratos de obras, no se exige que se refieran a certificados de buena ejecución. Por tanto, no deberá incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares ninguna cláusula que exija que, a la hora de acreditar la solvencia técnica en este tipo de

(120) A estos efectos en los pliegos podrían fijarse períodos de tiempo inferiores al expresado. En este sentido, respecto a lo que en el caso analizado se denomina «*cuota de mercado*» y una forma dinámica para su cálculo en función de que los licitadores podían presentar ofertas no necesariamente a todo un lote, véase la Resolución del TACRC número 172/2011, de 8 de agosto.

(121) Véase Resoluciones del TACRC números 81 y 82/2012, de 30 de marzo, aunque se refieren a un contrato de suministro celebrado por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas la adquisición de pienso para ratón.



contratos, los certificados incluyan una referencia expresa a la *«buena ejecución»* o que se desarrolló *«a plena satisfacción»* del contratante (122). Simplemente debe exigirse que se certifique su ejecución, pues excluir a un licitador por ese motivo supondría una restricción de la competencia y un excesivo formalismo contrario a los principios de libertad de concurrencia y eficiente utilización de los recursos públicos, los cuales exigen que, en los procedimientos de licitación, se logre la mayor asistencia posible de candidatos que cumplan los requisitos establecidos.

Por último, aunque no ha sufrido modificación en la LCSP, es preciso dejar expresa constancia que, en la relación a los principales suministros realizados tanto a destinatarios públicos o privados, la interpretación de la expresión *«público o privado»* no puede ser tal que se reconozca al órgano de contratación la facultad de poder exigir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la elección exclusiva de suministros públicos o privados, ya que cuando emplea la conjunción disyuntiva «o» lo que hace es permitir que el licitador pueda acreditar esa experiencia previa con suministros ejecutados en el Sector Público o Privado (123). El precepto, pues, debe leerse desde la perspectiva del licitador que debe acreditar su solvencia, y que puede esgrimir la realización de suministros en el Sector Público o en el Privado. Dicha cláusula sería nula de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 39.1 de la LCSP en relación con el artículo 47.1.a) de la LPACAP que en su inciso a), señala que serán nulos los actos *«que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»*, en este caso porque la misma supone una vulneración del derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 14 de la Constitución Española y susceptible, como tal, de recurso de amparo a tenor del artículo 53.

– Añade la indicación de los sistemas de gestión de la cadena de suministro, incluidos los que garanticen el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, y de seguimiento que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

– Se sigue exigiendo que en el anuncio o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se especificarán los medios para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación

(122) En este sentido, sería inadecuada la inclusión de una cláusula por ejemplo del siguiente tenor: *«Mediante la relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, cuyo importe anual sea igual o superior a 520.000 euros, IVA no incluido, indicándose su importe y fechas, a la que se incorporarán los correspondientes certificados de conformidad expedidos por las entidades receptoras de los servicios. Se considerará que los licitadores cumplen este requisito de solvencia técnica si aportan al menos un certificado de conformidad expedido por un receptor referido a los servicios mencionados ejecutados por el licitador a plena satisfacción y por importe igual o superior al indicado»*.

(123) Véase la Resolución del TACRC número 241/2012, de 31 de octubre.



expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos, pero se añade que, de no ser así y cuando no sea exigible la clasificación, dicha acreditación se efectuará mediante la relación de los principales suministros efectuados, en los 3 últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por 100 de la anualidad media del contrato (124).

h) SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS

En relación a la misma el artículo 90 de la LCSP introduce prácticamente las mismas reformas que el ya comentado artículo 89 para el contrato de suministro debiendo resaltarse, aunque resulte un poco reiterativo respecto de los tratado ya, que en relación a los principales servicios o trabajos realizados, matiza que han de ser de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato y reduce el período, como máximo (125), a los 3 últimos años. Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. Por lo tanto, zanja definitivamente la disquisición a favor de la acreditación de contratos de características similares al licitado, en detrimento de la tesis que abogaba por admitir un sumatorio de los servicios o trabajos realizados en dicho período de tiempo (126).

(124) No obstante en el artículo 77.1.a) segundo párrafo inciso final de la LCSP se omite le referencia a este apartado, subsumiendo indebidamente todo esta problemática en el artículo 86.3 que, como ya se ha señalado, se aplica exclusivamente a la solvencia económico financiera. Efectivamente, el mencionado inciso dispone lo siguiente: *«Si los pliegos no concretaran los requisitos de solvencia económica y financiera o los requisitos de solvencia técnica o profesional, la acreditación de la solvencia se efectuará conforme a los criterios, requisitos y medios recogidos en el segundo inciso del apartado 3 del artículo 87, que tendrán carácter supletorio de lo que al respecto de los mismos haya sido omitido o no concretado en los pliegos»* (el subrayado es de los autores de esta obra).

(125) A estos efectos en los pliegos podrían fijarse períodos de tiempo inferiores al expresado. En este sentido, respecto a lo que en el caso analizado se denomina *«cuota de mercado»* y una forma dinámica para su cálculo en función de que los licitadores podían presentar ofertas no necesariamente a todo un lote, véase la Resolución del TACRC número 172/2011, de 8 de agosto.

(126) Véase Resoluciones del TACRC números 81 y 82/2012, de 30 de marzo, aunque se refieren a un contrato de suministro celebrado por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas la adquisición de pienso para ratón.



Este medio de acreditación no resultará exigible en contratos no sujetos a regulación armonizada, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a 5 años.

Añade que cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de 3 años antes.

Aunque mantiene lo que ya se preveía en el artículo 78.1.a) del TRLCSP en el sentido de que, cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación, podrán acreditarse los trabajos efectuados mediante una declaración del empresario, sin embargo complementa su contenido con la referencia a que, en este caso, deberá acompañarse de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Sin embargo, como ya se ha señalado a propósito de la solvencia técnica en los contratos de suministro, no exige, a diferencia de lo que resulta para los contratos de obras, que los certificados que aporte el empresario sean de buena ejecución. Por tanto, no deberá incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares ninguna cláusula que exija que, a la hora de acreditar la solvencia técnica en este tipo de contratos, los certificados incluyan una referencia expresa a la «buena ejecución» o que se desarrolló «a plena satisfacción» del contratante (127). Simplemente debe exigirse que se certifique su ejecución, pues excluir a un licitador por ese motivo supondría una restricción de la competencia y un excesivo formalismo contrario a los principios de libertad de concurrencia y eficiente utilización de los recursos públicos, los cuales exigen que, en los procedimientos de licitación, se logre la mayor asistencia posible de candidatos que cumplan los requisitos establecidos.

Por último, como asimismo ya se ha comentado en relación a la solvencia técnica en los contratos de suministro aunque no ha sufrido modificación en la LCSP, es preciso reiterar que, en la relación a los principales servicios o trabajos realizados tanto a destinatarios públicos o privados, la interpretación de la expresión «público o privado» no permite que el

(127) En este sentido, sería inadecuada la inclusión de una cláusula por ejemplo del siguiente tenor: «Mediante la relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, cuyo importe anual sea igual o superior a 520.000 euros, IVA no incluido, indicándose su importe y fechas, a la que se incorporarán los correspondientes certificados de conformidad expedidos por las entidades receptoras de los servicios. Se considerará que los licitadores cumplen este requisito de solvencia técnica si aportan al menos un certificado de conformidad expedido por un receptor referido a los servicios mencionados ejecutados por el licitador a plena satisfacción y por importe igual o superior al indicado».



órgano de contratación tenga la facultad de poder exigir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la elección exclusiva de prestaciones públicas o privadas, ya que cuando emplea la conjunción disyuntiva «o» lo que hace es permitir que el licitador pueda acreditar esa experiencia previa con trabajos ejecutados en el Sector Público o Privado (128). El precepto debe leerse desde la perspectiva del licitador que debe acreditar su solvencia. Como ya se ha señalado en esta obra, dicha cláusula sería nula de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 39.1 de la LCSP en relación con el artículo 47.1.a) de la LPACAP que en su inciso a), señala que serán nulos los actos *«que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional»*, en este caso porque la misma supone una vulneración del derecho a la igualdad, contemplado en el artículo 14 de la Constitución Española y susceptible, como tal, de recurso de amparo a tenor del artículo 53.

Por tanto, las verdaderas novedades que se introducen en el artículo 90 de la LCSP son las siguientes:

- Sigue exigiendo en el apartado 2 que en el anuncio o invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se especificarán los medios para la acreditación de la solvencia técnica de los empresarios que opten a la adjudicación del contrato, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos, pero se añade que, de no ser así y cuando no sea exigible la clasificación, dicha acreditación se efectuará mediante la relación de los principales servicios efectuados, en los 3 últimos años, de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, cuyo importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70 por 100 de la anualidad media del contrato (129).

- Otra novedad se encuentra en el artículo 90.1.e) de la LCSP cuando, respecto de los títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa, no los ciñe solamente al personal responsable de la ejecución del contrato, como hacía el artículo 78.1.e) del TRLCSP, sino que lo extiende también a los técnicos encargados directamente de la

(128) Véase la Resolución del TACRC número 241/2012, de 31 de octubre.

(129) No obstante en el artículo 77.1.a) segundo párrafo inciso final de la LCSP se omite la referencia a este apartado, subsumiendo indebidamente todo esta problemática en el artículo 86.3 que, como ya se ha señalado, se aplica exclusivamente a la solvencia económico financiera. Efectivamente, el mencionado inciso dispone lo siguiente: *«Si los pliegos no concretaran los requisitos de solvencia económica y financiera o los requisitos de solvencia técnica o profesional, la acreditación de la solvencia se efectuará conforme a los criterios, requisitos y medios recogidos en el segundo inciso del apartado 3 del artículo 87, que tendrán carácter supletorio de lo que al respecto de los mismos haya sido omitido o no concretado en los pliegos»* (el subrayado es de los autores de esta obra).



misma, matizando que ello se hará así siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación.

– Asimismo, introduce un tema muy debatido que es el relativo a la exigencia de la experiencia como medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional en este tipo de contratos. En el artículo 90.3 dispone que, si el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, se exigirá en todo caso como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias, lo que deberá acreditarse por los medios que establece el apartado 1 del citado artículo.

Como ya se ha señalado, se trata de un tema muy controvertido éste de la experiencia como requisito de solvencia. Hasta ahora la misma se entendía subsumida en el artículo 90.1.a), en relación a los principales servicios o trabajos realizados, pero es que ahora la LCSP la dota de naturaleza propia introduciendo, como ya se ha señalado, un nuevo apartado 3 en el citado artículo 90. Desde este punto de vista, cabe recordar, aunque solamente sea a título ilustrativo, lo ya aprendido en relación con el mencionado apartado 1.a) del mencionado precepto (130):

- No se considerará procedente su valoración en función de los contratos de los que una empresa haya resultado adjudicataria, ya que el solo hecho de la adjudicación de un contrato no implica que la misma tenga experiencia en la ejecución de los trabajos que constituyen el objeto del contrato que se pretende licitar (131).

- En orden a la acreditación de la experiencia, se hace necesario que los trabajos que dichas empresas hayan desarrollado se hayan prestado íntegramente (132), sin que resultara adecuado para valorar correctamente la experiencia de una empresa tomar como referencia los trabajos desarrollados en ejecución de contratos que no han concluido todavía. En este sentido, no será suficiente la participación en procedimientos de licitación o concursos, o haber obtenido determinados premios pues ello no acredita la ejecución del trabajo o servicio que se va a contratar (133).

(130) Véase la Resolución del TACRC número 194/2012, 12 de septiembre.

(131) A título de ejemplo, no resultaría válida una cláusula que señalara lo siguiente: «*En todo caso, será imprescindible acreditar suficientemente haber sido adjudicatario de un contrato del mismo objeto y por un importe total que, como mínimo, ascienda a un 50% del presupuestado del presente pliego en los últimos tres años.*».

(132) A título de ejemplo, no resultaría válida una cláusula que señalara lo siguiente: «*En todo caso, será imprescindible acreditar suficientemente haber ejecutado, a la fecha de presentación de ofertas, al menos, una tercera parte de los mismos.*».

(133) Véase la Resolución del TACRC número 60/2011, 9 de marzo.



i) SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL EN LOS RESTANTES CONTRATOS

En relación con la solvencia técnica o profesional en los restantes contratos, el artículo 91 de la LCSP mantiene la redacción que daba el artículo 79 del TRLCSP. Como éste, carece de contenido propio ya que se remite a los medios de acreditación señalados en el artículo 90 para el contrato de servicios. Efectivamente el mencionado artículo 91 dispone que *«La acreditación de la solvencia profesional o técnica en contratos distintos de los de obras, servicios o suministro podrá acreditarse por los documentos y medios que se indican en el artículo anterior»*.

j) NORMAS DE GARANTÍA DE LA CALIDAD

El artículo 93 de la LCSP mantiene la redacción del artículo 80 del TRLCSP introduciendo dos puntualizaciones respecto de los contratos sujetos a una regulación armonizada cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de garantías de calidad:

1. Puntualiza que ello se realizará *«en particular en materia de accesibilidad para personas con discapacidad»*.

2. Suprime la referencia a que los sistemas de aseguramiento de la calidad estarán basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación. Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, se producirá una cuestión paradójica al menos a nivel teórico pues el aseguramiento podrá hacerse en relación a cualquier norma mientras que el órgano certificador deberá ajustarse a las normas europeas relativas a la certificación.

k) NORMAS DE GESTIÓN MEDIOAMBIENTAL

El artículo 94 de la LCSP introduce las siguientes novedades respecto del artículo 81 del TRLCSP:

– En los contratos sujetos a una regulación armonizada (134), modifica el marco de referencia normativo a la hora de acreditar como solvencia

(134) Véase sobre la exigencia como criterio de solvencia de criterios medioambientales no solamente en contratos sujetos a regulación armonizada a tenor del artículo 94 de la LCSP sino en los no sometidos a regulación armonizada, en virtud de la discrecionalidad técnica que posee el órgano de contratación (Dictamen de la JCCA número 51/2005, de 19 de diciembre) pues no lo impide ni la Directiva 2014/24/UE ni la LCSP, la contestación dada a la consulta planteada por la Federación Española de Asociaciones de Empresas Forestales y del Medio Natural, Expediente JCCPE número 0038/15.



técnica o profesional el cumplimiento de determinadas normas de gestión medioambiental, remitiéndose como hasta ahora al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) de la Unión Europea, pero también, ya no a normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación, sino a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) n.º 1221/2009 de 25 de noviembre de 2009, o a otras normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados.

– Aparte de que los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presente el licitador, introduce la adicción de que, en particular, se aceptará una descripción de las medidas de gestión medioambiental ejecutadas, siempre que demuestre que dichas medidas son equivalentes a las exigidas con arreglo al sistema o norma de gestión medioambiental aplicable (135).

D) EXENCIONES

En relación a esta cuestión, la LCSP acaba con las dos posibles exenciones que se contemplaban en el TRLCSP:

– Por un lado, se suprime la posibilidad de exención recogida en el último párrafo del artículo 79 bis) del TRLCSP en el que se señalaba que *«Reglamentariamente podrá eximirse la exigencia de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional para los contratos cuyo importe no supere un determinado umbral»*.

– Por otro, también se suprime la exención, que se recogía en la disposición adicional séptima del TRLCSP, en el sentido de que las Agencias Estatales, los Organismos Públicos de Investigación y organismos similares de las Comunidades Autónomas no necesitarán estar clasificados ni acreditar su solvencia económica y financiera y la solvencia técnica para ser adjudicatarios de Contratos del Sector Público.

(135) Véase sobre el valor de dichos certificados, Expediente JCCPE número 0038/15.



m) ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA POR MEDIO DE LA CLASIFICACIÓN

Sobre este particular en el segundo párrafo del artículo 94 de la LCSP se mantiene la redacción que se contemplaba en igual párrafo del artículo 79 bis del TRLCSP impulsado por la idea de fondo de que la clasificación, otorgada a iniciativa voluntaria de los licitadores, pueda servir como prueba suficiente para acreditar la solvencia exigida en un determinado contrato, lógicamente si resulta comprensiva de los medios recogidos en el mismo de entre los previstos en la LCSP.

En tal supuesto el artículo 140.3 párrafo segundo de la LCSP acaba con la situación anterior de que el artículo 146.3 párrafo primero del TRLCSP en el sentido de que el empresario debía hacer dos declaraciones responsables, antes de la adjudicación y en el momento de la formalización del contrato, en las que manifestara que las circunstancias reflejadas en el correspondiente certificado no habían experimentado variación. Ahora el Legislador dispone, por el contrario, que cuando el empresario esté inscrito en el ROLECE o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y éstos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares.

En el mismo artículo 140 de la LCSP también se ha finalizado con la situación que permitía el párrafo segundo del artículo 146.1.b) del TRLCSP en virtud del cual un empresario podía presentarse a un contrato señalando que había presentado solicitud de clasificación y ésta se encontraba aún pendiente de concesión. Era el único caso en el que, por el juego del artículo 81.2 del RGTRLCAP para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación, podía admitirse una documentación que fuera anterior al plazo de presentación de proposiciones o, en su caso, solicitudes de participación.

E. Clasificación del contratista

a) AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

La primera diferencia importante es que en el artículo 77.1 de la LCSP se amplía la posible exigencia de clasificación ya no solo, como señalaba el artículo 65 del TRLCSP, a una Administración Pública-Poder Adjudicador sino también a una no Administración Pública-Poder Adjudicador. Por lo



tanto, ya no solamente se va a poder exigir clasificación en sede de contratos administrativos de obras y servicios sino en contratos privados celebrados por una no Administración Pública-Poder Adjudicador. En consecuencia, el estatus especial de capacidad (136), que es la clasificación, amplía su ámbito de aplicación.

Respecto de un no Poder Adjudicador, el artículo 77.5 de la LCSP continúa indicando, como ya lo hacía el TRLCSP, que podrá acordar facultativamente, en sus instrucciones internas (137) en materia de contratación, la aplicación del régimen a que se refieran los tres apartados siguientes de este trabajo.

b) OBLIGATORIEDAD

De acuerdo con lo señalado en el apartado anterior de esta obra, la clasificación de los empresarios será requisito indispensable para acreditar la solvencia, en el grupo o subgrupo que en función del objeto del contrato corresponda, con categoría igual o superior a la exigida para el contrato, en los contratos administrativos y privados de obras (138) cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros. En el caso de los contratos mixtos, habrá que acudir a la regulación específica que se deriva del nuevo artículo 18 de la LCSP que, como se verá en su momento, ha modificado sustancialmente lo que se preveía en el artículo 12 del TRLCSP.

Como ya se contemplaba en el TRLCSP, el Gobierno por Real Decreto podrá exceptuar de clasificación para estos contratos de obras, debiendo motivarse dicha excepción en las circunstancias especiales y excepcionales concurrentes en los mismos.

Como ya se establecía en el TRLCSP, la clasificación será exigible igualmente, a tenor de los artículos 77.2 y 214.2.c) al cesionario de un contrato en el caso en que hubiese sido requerida al cedente.

(136) Véase el Dictamen del Consejo de Estado de 6 de febrero de 1997 que señala que la clasificación *«Se configura como un status, entendiendo tal concepto en sentido iusprivatista, como un requisito de capacidad especial, condicionante de la aptitud para celebrar contratos. Esto es, presumida la capacidad general para realizar un acto o negocio jurídico, se exige una idoneidad especial para un acto o negocio en particular, lo que, a su vez, supone una particular exclusión del número de autorizados o capacitados, de forma tal que la falta de clasificación comporta la incapacidad para contratar con la Administración»*.

(137) Disposición transitoria quinta. Instrucciones internas de contratación.

Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 317 y 321 319 en el plazo máximo de 4 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.

(138) Véase Informe JCCA número 2/2008, de 28 de julio, que establece que respecto al contrato de concesión de obras públicas no será exigible clasificación y, ello, aunque incorpore un contrato de ejecución de obra (véase también el Informe JCCA número 49/1997).



c) POTESTATIVIDAD

En la LCSP, con la ampliación del ámbito de aplicación de la clasificación a la que ya se ha hecho referencia, se sigue la misma línea que hasta ahora se establecía en el artículo 65 del TRLCSP, es decir, la clasificación resultará facultativa en los siguientes contratos:

– Contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros. En este caso, la clasificación del empresario en el grupo o subgrupo que en función del objeto del contrato se especifique en los pliegos de cláusulas administrativas particulares acreditará su solvencia para contratar.

– Contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario aunque en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se podrá fijar el grupo o subgrupo de clasificación y la categoría mínima exigible, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato, según el Vocabulario común de contratos públicos aprobado por Reglamento (CE) 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002.

En ambos casos, como ya señalaba el TRLCSP, el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación y categoría de clasificación correspondientes al contrato o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato.

Ahora bien, se introduce la novedad en el artículo 77.3 de la LCSP de que el Gobierno, por medio de Real Decreto, pueda acordar la exigencia este tipo de contratos de obras y de servicios, teniendo en cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los mismos.

d) NO OBLIGATORIEDAD

Como ya se disponía en el artículo 65 del TRLCSP, la clasificación no será exigible para los demás tipos de contratos. Para dichos contratos, los requisitos específicos de solvencia exigidos se indicarán en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato.



e) EXCEPCIONES

En esta materia la LCSP introduce en el artículo 77.4 de la LCSP la novedad de vincular la posibilidad, ya reconocida en el artículo 65 del TRLCSP, de exonerar de clasificación dicho contrato cuando se vuelva a licitar de nuevo si no haya concurrido ninguna empresa clasificada, a que no se alteren las condiciones del propio contrato (139). En este caso, se precisará en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio, en su caso, los medios de acreditación de la solvencia económico financiera, técnica o profesional según corresponda.

Por lo demás, se mantienen en el artículo 78 las mismas excepciones que se recogían en el artículo 66 del TRLCSP para empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia, y para contratos celebrados por la Administración General del Estado y Comunidades Autónomas siempre que el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en lo sucesivo, JCCPE), o el órgano competente de éstas lo estimara conveniente para los intereses públicos.

f) CRITERIOS Y CONDICIONES PARA LA CLASIFICACIÓN

La LCSP en su artículo 79 mantiene las siguientes líneas generales que se recogían en el artículo 67 del TRLCSP:

1. La clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía.

2. Los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos, por su peculiar naturaleza, y dentro de estos por categorías, en función de su cuantía. Respecto de ésta, introduce la modificación de sustituir la expresión «*valor íntegro*», que resultaba errónea y equívoca, por la correcta de «*valor estimado*» cuando la duración del contrato sea igual o inferior a 1 año, y mantiene la referencia al valor medio anual cuando se trate de contratos de duración superior.

(139) Véase el Informe JCCA número 19/2007, de 26 de marzo.



3. Para proceder a la clasificación será necesario que el empresario acredite reunir las condiciones de capacidad (personalidad y capacidad de obrar, y habilitación empresarial o profesional) y aptitud para contratar (solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar, de modo que en este último caso se denegará la clasificación de aquellas empresas de las que, a la vista de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan de otras afectadas por una prohibición de contratar).

Sin embargo, en los apartados 4 y 5 del citado artículo 79 introduce las siguientes novedades:

1. Aunque mantiene que, en el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, se pueda acreditar la solvencia con sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, siempre y cuando se acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo de vigencia y revisión de las clasificaciones, los medios de dichas sociedades para la ejecución de los contratos, sin embargo matiza que, cuando se trate de la puesta a disposición de medios personales, habrán de tenerse en cuenta estas condiciones:

– No podrá consistir en la puesta a disposición exclusivamente de medios personales.

– Deberá en todo caso ser compatible con las disposiciones aplicables en materia laboral y de derecho del trabajo, y contar con el consentimiento de los trabajadores afectados.

2. En aquellas obras cuya naturaleza se corresponda con algunos de los tipos establecidos como subgrupo cabe distinguir estos casos:

– Si no presentan singularidades diferentes a las normales y generales a su clase, se exigirá solamente la clasificación en el subgrupo genérico correspondiente.

– Si presentan singularidades diferentes a las normales y generales a su clase pero asimilables a tipos de obra correspondientes a otros subgrupos diferentes del principal, la exigencia de clasificación se extenderá también a estos subgrupos con las limitaciones siguientes:

• El número de subgrupos exigibles, salvo casos excepcionales, no podrá ser superior a cuatro.

• El importe de la obra parcial que por su singularidad dé lugar a la exigencia de clasificación en el subgrupo correspondiente deberá ser superior al 20 por 100 del precio total del contrato, salvo casos excepcionales, que deberán acreditarse razonadamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

g) CLASIFICACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS AJENOS

El artículo 75 de la LCSP procede, como ya se ha analizado, a modificar en profundidad el hasta ahora vigente artículo 63 del TRLCSP, siendo plenamente aplicable, a juicio de los autores de esta obra (140), al supuesto de acreditación de los criterios y condiciones para la clasificación a través de medios externos (141).

Realizada la mencionada remisión a la parte de esta obra en la que se recoge la acreditación de la solvencia por medios externos, se estima oportuno no obstante hacer una breve reflexión sobre la vigencia del artículo 36.3 del RGTRLCAP, aplicable al caso de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares concretaran una determinada clasificación y previeran que, caso de no ser cumplida por alguna empresa, pudiera ser cumplimentada por otra que sí reuniera la mencionada clasificación, siempre que mediare un compromiso de cumplirlo a través de la formalización de la correspondiente subcontratación.

Dicha posibilidad surge, como ya se ha dicho, al amparo del artículo 36.3 del RGTRLCAP que dispone que *«Cuando en el conjunto de las obras se dé la circunstancia de que una parte de ellas tenga que ser realizada por casas especializadas, como es el caso de determinadas instalaciones, podrá establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares la obligación del contratista, salvo que estuviera clasificado en la especialidad de que se trate, de subcontratar esta parte de la obra con otro u otros clasificados en el subgrupo o subgrupos correspondientes y no le será exigible al principal la clasificación en ellos. El importe de todas las obras sujetas a esta obligación de subcontratar no podrá exceder del 50 por 100 del precio del contrato»*.

El mencionado precepto, que se entiende vigente por los autores de esta obra excepto en lo que se refiere al porcentaje señalado que ha desaparecido de la redacción del artículo 215 de la LCSP, debe aplicarse no de forma genérica sino adaptado a cada contrato específico de modo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se especifique qué parte de la obra debería ser *«realizada por casas especializadas»*. El artículo 36.3 del RGTRLCAP no prevé que, con carácter general, el defecto de clasificación en un concreto subgrupo sea sustituido libremente por los contratistas mediante el compromiso de la subcontratación parcial con otra empresa que sí esté clasificada en el mencionado subgrupo. Por el

(140) De hecho, el título del artículo 63 del proyecto de ley que finalmente se plasmó en el artículo 75 llevaba por título *«Integración de la solvencia y clasificación con medios externos»*.

(141) Véase Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público número 62/2017, de 3 de abril, sobre funcionalidad y condiciones de presentación de la declaración europea única en materia de contratación cuando una empresa licitadora se basa en las capacidades de otra empresa.



contrario, este artículo contempla que sea la propia Administración, en casos determinados, la que pueda establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares positivamente la obligación de subcontratar determinadas partes de una obra, correctamente especificadas, con empresas clasificadas, salvo lógicamente que disponga el contratista adjudicatario de esa clasificación.

h) UNIONES TEMPORALES DE EMPRESARIOS

El artículo 69.5, 6 y 7 de la LCSP sigue básicamente la misma regulación que se hacía en el artículo 59 del TRLCSP:

1. Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea ni de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

2. A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos (142), expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras (143), sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea y de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En relación al párrafo anterior, es preciso recordar que no procederá dicha acumulación, a juicio de los autores de esta obra, cuando una concreta solvencia solamente resulte aplicable de una determinada empresa (144).

3. Los empresarios que estén interesados en formar una UTE podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, que especificará esta circunstancia.

(142) Véase Resolución del TACRC número 556/2013, de 29 de noviembre, sobre la regla de acumulación de la solvencia económica de una UTE.

(143) Véase los Informes JCCA números 46/2002, de 28 de febrero de 2003, y 2/2004, de 12 de marzo, citados en la Resolución del TACRC número 158/2011, de 8 de junio.

(144) Véase Informe JCCA número 29/2010, de 24 de noviembre en un caso de un pliego que se refería al cumplimiento de determinadas normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental.



En relación a este último párrafo, el inciso final del artículo 69.7 dispone que si ya estuvieran inscritos únicamente deberán comunicarle al citado Registro dicho interés, en la forma que se establezca reglamentariamente.

Por último, apuntar que el artículo 69.7 de la LCSP recoge la posibilidad que ya existía desde el 29 de septiembre de 2013 de que, con la finalidad de poner en contacto a pequeños emprendedores que se dediquen a una misma actividad y que tengan intención de constituirse en UTE, puedan darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, que especificará esta circunstancia (145).

i) COMPETENCIA

Tiempo atrás se han producido situaciones de divergencia entre clasificaciones otorgadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y por las entidades competentes en Comunidades Autónomas, sobre todo en el ámbito de los órganos de contratación locales.

Con la finalidad de mitigar en todo lo posible esta problemática, los artículos 80, 96 y 341.3 de la LCSP, después de recordar el contenido del artículo 68 del TRLCSP respecto al ámbito general de los acuerdos de clasificación adoptados por la JCCPE y el ámbito parcial de los acordados por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas respecto de la Comunidad Autónoma que las haya adoptado y de las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con las entidades del sector público dependientes de una y otras, introduce, en el párrafo segundo del artículo 80.2, la siguiente restricción en orden a evitar la coexistencia sobrevenida de clasificaciones en vigor contradictorias para una misma empresa en un mismo grupo o subgrupo de clasificación, si bien se confía al desarrollo reglamentario la regulación de los mecanismos necesarios para ello:

– Una empresa no podrá disponer simultáneamente de clasificación en un determinado grupo o subgrupo, con distintas categorías de clasificación, otorgadas por la JCCPE y por una o más Comunidades Autónomas, o por dos o más Comunidades Autónomas.

– A tal efecto, las empresas indicarán en sus solicitudes de clasificación o de revisión de clasificación las clasificaciones que tienen vigentes y que hayan sido otorgadas por otras Administraciones distintas de aquella a la que dirigen su solicitud, no pudiendo otorgarse a la empresa solicitante.

(145) Reforma introducida en el artículo 59.1 del TRLCSP, con la adición de un nuevo párrafo segundo, por el artículo 42 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

te una categoría superior en subgrupo alguno a aquella de la que ya disponga, otorgada por cualquier otra Administración, en dicho subgrupo.

Sobre la interpretación del citado artículo 80.2 de la LCSP, en relación a clasificaciones en vigor contradictorias para una misma empresa en un mismo grupo o subgrupo de clasificación, cabe efectuar las siguientes precisiones (146):

- Con la entrada en vigor de la LCSP no será posible obtener una clasificación superior de aquella que previamente hubiera sido otorgada por otra comisión clasificadora con carácter previo.

La consecuencia de la anterior conclusión es que cuando se trate de una empresa que disfrute de una clasificación ya otorgada y que solicite una superior ante otra comisión clasificadora también competente, dicha petición ha de ser automáticamente denegada por no respetar lo dispuesto en el artículo 80.2.

La única alternativa a lo señalado en el párrafo anterior, será que la empresa renunciara a la clasificación primeramente otorgada para, de este modo, reclamar la que le corresponda ante el Estado o ante otra Comunidad Autónoma.

- Nada autoriza a concluir que la eficacia del precepto esté condicionada a la entrada en vigor del desarrollo reglamentario a que alude el inciso final del artículo 80.2 de la LCSP pues, si se produce dicha circunstancia mientras no existe todavía desarrollo reglamentario, la prohibición de clasificaciones divergentes será perfectamente eficaz y válida una vez que entre en vigor la LCSP.

j) INSCRIPCIÓN REGISTRAL

La inscripción en cualquiera de los Registros de Licitadores es voluntaria para los empresarios, a tenor de lo previsto en el artículo 342 de la LCSP que en este particular respeta lo que señalaba el artículo 329 del TRLCSP. Sin embargo, existen determinadas informaciones a las que se va a hacer mención a continuación que deberán ser inscritas de oficio en los mismos. Respecto de las inscripciones voluntarias, los empresarios podrán determinar qué datos desean que se reflejen. Ahora bien, el mencionado artículo introduce las siguientes novedades:

1. Que la inscripción implicará el consentimiento del empresario para la difusión por medios electrónicos de sus datos inscritos, en los tér-

(146) Informe JCCPE número 4/2018, de 2 de marzo (Departamento de Hacienda y Economía del Gobierno Vasco).



minos y con los límites y restricciones que legal o reglamentariamente se determinen.

2. Que los interesados podrán en todo momento solicitar la cancelación de las inscripciones a ellos referidas, salvo en los casos y circunstancias de inscripción obligatoria.

Respecto a la propia inscripción registral, el artículo 81 de la LCSP se separa totalmente de lo que se regulaba en el artículo 69 del TRLCSP cuando muy escuetamente disponía que *«Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas se inscribirán de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda en función del órgano que los hubiese adoptado»*.

Ahora, por el contrario, en el citado artículo 81 en relación con el artículo 337 y siguientes se señala lo siguiente:

1. Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas adoptados por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Sector Público se inscribirán de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 338.1 párrafo segundo de la LCSP, también se practicarán de oficio las inscripciones a las que se refiere el artículo 339.1 *a), b) y c)*, relativas a la personalidad y capacidad de obrar, en el caso de personas jurídicas, a la extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente, y a las autorizaciones o habilitaciones profesionales y a los demás requisitos que resulten necesarios para actuar en su sector de actividad, cuando no constasen inscritas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, tomando como base los documentos adecuados para ello y que se hubiesen aportado al procedimiento de clasificación.

Asimismo, a tenor del artículo 338.2, se inscribirán los datos relativos a todas las prohibiciones de contratar, salvo aquellas en que se den alguna de las circunstancias previstas en las letras *c), d), g) y h)* del apartado primero del artículo 71, una vez adoptada la resolución correspondiente. A efectos de poder dar cumplimiento a lo señalado, el artículo 338.3 dispone que el órgano del que emane la sentencia o resolución que impone la prohibición de contratar deberá remitir de oficio testimonio de aquella o copia de ésta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Sector Público, sin perjuicio de que por parte de este órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución pueda solicitarlos al órgano del que emanaron.



Los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas inscribirán las prohibiciones que afecten a su ámbito pero también deberán, a tenor de lo dispuesto en el artículo 338.4, comunicarlas al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público para su publicación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 345 y, *a sensu contrario*, el artículo 341.1 párrafo tercero dispone que las inscritas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público serán igualmente publicadas en los registros de licitadores y empresas clasificadas de las Comunidades Autónomas, aplicándose a tal efecto lo dispuesto en el citado artículo 345.

El mencionado artículo 337 en su apartado 1 aclara que el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público tiene por objeto la inscripción de los datos y circunstancias que resulten relevantes para acreditar las condiciones de aptitud de los empresarios para contratar con las Administraciones públicas y demás organismos y entidades del sector público, incluidas las facultades de sus representantes y apoderados, así como la acreditación de todo ello ante cualquier órgano de contratación del sector público, a diferencia de la redacción que se efectuaba en el artículo 328.1.a) a d) en el que se pormenorizaban solamente los datos relativos a la capacidad de los empresarios pues el resto (extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente, autorizaciones o habilitaciones profesionales y a los demás requisitos que resulten necesarios para actuar en su sector de actividad, solvencia económica y financiera) quedaban a la decisión de que el empresario hubiera solicitado su inscripción. Ahora estos extremos se recogen en el artículo 339 solamente para cuando las inscripciones se practiquen a solicitud de los interesados.

2. Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas adoptados por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas serán inscritos de oficio en el Registro de Licitadores de la respectiva Comunidad Autónoma, si dispone de tal Registro, y comunicados por el órgano que los adoptó al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público para su inscripción de oficio, siempre que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 338.1 párrafo primero inciso final de la LCSP, no fueran contradictorias con las inscritas en éste y otorgadas por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Sector Público.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 338.4, en estos Registros de Licitadores se inscribirán las prohibiciones de contratar que afecten a su ámbito. El artículo 341.1 párrafo segundo establece que el órgano del que emane la resolución que impone la prohibición de contratar deberá remitir de oficio copia de ésta al órgano competente de la llevanza del registro, sin perjuicio de que por parte de este órgano, de tener conocimiento de su



existencia y no habiendo recibido copia de la resolución pueda solicitarla al órgano del que emanó.

3. Las Comunidades Autónomas que opten por no llevar un Registro de Licitadores, previa suscripción de un convenio a tal efecto con el Ministerio de Hacienda y Función Pública, podrán practicar las siguientes inscripciones de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público:

– Las prohibiciones de contratar que sean declaradas por sus órganos competentes, por los de las entidades locales de su ámbito territorial, o por los de los organismos y entidades dependientes de una u otras.

– Las clasificaciones otorgadas por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, siempre que no resulten contradictorias con las otorgadas por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Sector Público.

– Cuando así lo solicite el interesado a la Comunidad Autónoma, los datos y circunstancias indicados en el artículo 339.

El artículo 345 de la LCSP concreta mucho más el área de colaboración entre el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público y los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas. A diferencia del artículo 332 del TRLCSP que establecía un marco amplio (*«en el desarrollo de su actividad y en sus relaciones recíprocas, facilitarán a las otras Administraciones la información que éstas precisen sobre el contenido de los respectivos Registros»*), ahora dicho precepto se refiere a lo que realmente le preocupa, al compartimiento de la información relativa a las prohibiciones de contratar en ellos inscritas. Para ello, mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública se establecerán el procedimiento y las especificaciones necesarias para el intercambio de dicha información por medios electrónicos.

A tenor del artículo 340.3 de la LCSP, como ya se establecía en el artículo 327 del TRLCSP, todas las inscripciones practicadas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público tendrán, sin distinción alguna, los mismos efectos acreditativos y eficacia plena frente a todos los órganos de contratación del Sector Público.

Por último señalar que el artículo 344 de la LCSP dispone, al igual que lo hacía el artículo 331 del TRLCSP, que los Registros de Licitadores son públicos pero a diferencia de lo señalado en éste que establecía que dicho acceso quedaría circunscrito para todos los que tengan interés legítimo en conocer su contenido, ahora señala que se podrá acceder de forma abierta, previa identificación de la persona que accede. Además, añade, que contará con un buscador que facilite su uso y que reglamentariamente se determinarán las modalidades y requisitos para la publicidad de los asien-



tos del Registro, pudiéndose excluir mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública la publicidad de las empresas clasificadas en los casos en que el número de empresas clasificadas en determinados grupos, subgrupos y categorías sea lo suficientemente reducido para dar lugar a un riesgo de colusión entre ellas.

k) ACTUALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN REGISTRAL

El artículo 343 de la LCSP reitera lo que recogía el artículo 330 del TRLCSP, sobre responsabilidad del empresario en relación con la actualización de la información registral, al indicar que los empresarios inscritos están obligados a poner en conocimiento del registro cualquier variación que se produzca en sus datos en él reflejados, así como la superveniencia de cualquier circunstancia que determine la concurrencia de una prohibición de contratar, aunque introduce la matización «*susceptible de inscripción en dichos registros*», ya que, como ya se ha visto, a tenor del artículo 338.2 se inscribirán los datos relativos a todas las prohibiciones de contratar, salvo aquellas en que se den alguna de las circunstancias previstas en las letras *c)*, *d)*, *g)* y *h)* del apartado primero del artículo 71.

Asimismo matiza que, frente al mencionado artículo 330 del TRLCSP que muy en automático señalaba que la que la omisión de esta comunicación, mediando dolo, culpa o negligencia hará incurrir al empresario en prohibición para contratar por haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información que corresponda en materia de clasificación y la relativa a los registros de licitadores y empresas clasificadas del artículo 60.1.e), sin perjuicio de esta consecuencia ello podrá dar lugar a la suspensión de la inscripción del empresario y de sus efectos para la contratación pública, así como del derecho a la expedición de certificados del empresario, salvo en lo relativo a las inscripciones practicadas de oficio.

En todo caso, añade, lo siguiente:

- La falta de actualización de los datos de un empresario que figuren inscritos en un registro de licitadores y empresas clasificadas no perjudicará a la Administración Pública, organismo o entidad que haya celebrado un contrato con el empresario con base en los datos obrantes en el registro.
- El órgano competente de la llevanza del Registro procederá a la rectificación de oficio de los datos inscritos cuando se verifique que los datos de un asiento son incorrectos, incompletos o no actualizados.



I. INTERCONEXIÓN CON EL REGISTRO ELECTRÓNICO DE APODERAMIENTOS
DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

El artículo 337.4 de la LCSP prevé como novedad que el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público estará interconectado y será interoperable con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado (147), con la finalidad de que los órganos de contratación verifiquen la inscripción de los correspondientes poderes.

Si los poderes no estuvieran inscritos, consultarán subsidiariamente los registros generales de apoderamientos de las Administraciones Públicas. La consulta a dichos registros se realizará a través del Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado.

En caso de discrepancia entre los poderes inscritos, prevalecerá el inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público frente a los inscritos en cualquier otro registro de apoderamientos.

m) PRUEBA DE LA CLASIFICACIÓN Y DE LA APTITUD PARA CONTRATAR A TRAVÉS
DE REGISTROS O LISTAS OFICIALES DE CONTRATISTAS

En relación a la prueba de la clasificación, bien en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público bien en los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas, el artículo 96 de la LCSP, después de reiterar el contenido del artículo 83 del TRLCSP, establece en su apartado 3, como novedad, que los certificados que se emitan al efecto deberán indicar las referencias que hayan permitido la inscripción del empresario en la lista o la expedición de la certificación, así como, en su caso, la clasificación obtenida.

Por lo que se refiere a los certificados de inscripción expedidos por los órganos competentes de la llevanza de las listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea, referidos a empresarios establecidos en el Estado miembro que expide el certificado, el artículo 97.1 de la LCSP, a diferencia

(147) El Registro Electrónico de Apoderamientos para actuar ante la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados y dependientes fue creado por el artículo 15 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Su funcionamiento fue regulado en la Orden HAP/1637/2012, de 5 de julio, por la que se regula el Registro Electrónico de Apoderamientos. Por Orden HFP/633/2017, de 28 de junio, se aprueban los modelos de poderes inscribibles en el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado y en el registro electrónico de apoderamientos de las Entidades Locales y se establecen los sistemas de firma válidos para realizar los apoderamientos *apud acta* a través de medios electrónicos.



de la enumeración pormenorizada que se hacía en el artículo 84 del TRLCSP (148), realiza una referencia general a que «*constituirán una presunción de aptitud con respecto a los requisitos de selección cualitativa que en ellos figuren*», añadiendo en su apartado 2 que igual valor presuntivo surtirán, respecto de los extremos en ellos certificados, las certificaciones emitidas por organismos de certificación competentes que respondan a las normas europeas de certificación expedidas de conformidad con la legislación del Estado miembro en que esté establecido el empresario.

n) PLAZO DE VIGENCIA

En relación a este aspecto, el artículo 82 de la LCSP reitera el contenido del artículo 70 del TRLCSP respecto de la vigencia indefinida de las clasificaciones, de la posible revisión de las mismas bien de oficio o bien a instancia del empresario si hubieran variado las circunstancias tomadas en consideración para concederla, y de la obligación que pesa sobre el empresario, bajo posible declaración de prohibición para contratar a tenor del artículo 71.7.e), para poner en conocimiento del órgano competente en materia de clasificación cualquier variación en las circunstancias que hubiesen sido tenidas en cuenta para concederla que pueda dar lugar a una revisión de la misma.

Sin embargo, en el artículo 82.2 introduce las siguientes novedades:

1. Con independencia de que la vigencia de la clasificación sea indefinida, pende sobre el empresario la justificación anual del mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada 3 años, de la solvencia técnica y profesional. A tal efecto, en lugar de realizar una referencia general a la documentación que por vía reglamentaria se establezca como hacía el artículo 70.2 del TRLCSP, ahora se especifica que dicha justificación se realizará prioritariamente por medio de la correspondiente declaración responsable del empresario.

(148) Decía así: «*Los certificados de clasificación o documentos similares que acrediten la inscripción en listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea sientan una presunción de aptitud de los empresarios incluidos en ellas frente a los diferentes órganos de contratación en relación con la no concurrencia de las prohibiciones de contratar a que se refieren las letras a) a c) y e) del apartado 1 del artículo 60 y la posesión de las condiciones de capacidad de obrar y habilitación profesional exigidas por el artículo 54 y las de solvencia a que se refieren las letras b) y c) del artículo 75, las letras a), b) y e) del artículo 76, el artículo 77, y las letras a) y c) a i) del artículo 78. Igual valor presuntivo surtirán las certificaciones emitidas por organismos que respondan a las normas europeas de certificación expedidas de conformidad con la legislación del Estado miembro en que esté establecido el empresario*».

TERCERA PARTE. ASPECTOS TRONCALES

2. Aclara que la no aportación de la justificación indicada en el párrafo anterior, dará lugar a la suspensión automática de las clasificaciones ostentadas, así como a la apertura de expediente de revisión de clasificación. La suspensión de las clasificaciones se levantará por la aportación de dichas declaraciones o documentos, si aún no se ha comunicado al interesado el inicio del expediente de revisión, o, en caso contrario, por el acuerdo de revisión de clasificación adoptado por el órgano competente.

F. Prohibiciones para contratar

El sistema previsto en la LCSP respecto del régimen de prohibiciones para contratar, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

PROHIBICIONES PARA CONTRATAR (ARTÍCULO 71)		
	LCSP	TRLCSP
SENTENCIA FIRME DELITO	NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS	NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS...
INFRACCIÓN RESOLUCIÓN FIRME	- GRAVE EN MATERIA PROFESIONAL QUE PONGA EN ENTREDICHO SU INTEGRIDAD, DE DISCIPLINA DE MERCADO	- GRAVE EN MATERIA PROFESIONAL
	- MUY GRAVE EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN LA NORMATIVA VIGENTE	- MUY GRAVE EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL DE ACUERDO CON....
CONCURSO VOLUNTARIO	SALVO QUE EN ESTE ÉSTE HAYA ADQUIRIDO EFICACIA UN CONVENIO O SE HAYA INICIADO UN EXPEDIENTE DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS	SALVO QUE ÉSTE HAYA ADQUIRIDO EFICACIA UN CONVENIO
PLAN DE IGUALDAD (ARTÍCULO 45 DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES)	O EN EL CASO DE EMPRESAS DE MÁS DE 250 TRABAJADORES, NO CUMPLIR CON LA OBLIGACIÓN DE CONTAR CON UN PLAN DE IGUALDAD CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 45...	
PRUEBA: PLAN DE IGUALDAD (ARTÍCULO 45 DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES) + 2 % PERSONAS CON DISCAPACIDAD EMPRESAS 50 O + TRABAJADORES	- DECLARACIÓN RESPONSABLE - DESARROLLO REGLAMENTARIO SOBRE CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA O ROLEC	
SANCIÓN ADMINISVA GRAVE LS / LGT	IDEM	IDEM
PRUEBA:	CUMPLIMIENTO OBLIGACIONES DE PAGO O ACUERDO VINCULANTE	
LEY 3/2015, DE 30.03, REGULADORA DEL EJERCICIO DE ALTO CARGO DE LA AGE	- PERSONA FÍSICA O ADMINISTRADORES PERSONAS JURÍDICAS - HABER CONTRATADO CON EMPRESAS CON PROHIBICIÓN BOE	- IDEM

Gráfico número 4

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)



a) INTRODUCCIÓN

Como ya se ha señalado en esta obra a propósito de la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos, el artículo 140 de la LCSP ha incorporado la figura del Documento Europeo Único de Contratación, por virtud del cual los licitadores, salvo que se presentasen a un procedimiento abierto simplificado a tenor del artículo 159.4.a) en cuyo caso habrá de estar inscritos en el correspondiente ROLECE, deberán presentar el modelo de declaración responsable adaptado al mencionado documento, quedando en general, diferida la comprobación de los extremos de capacidad y aptitud para contratar (capacidad, solvencia, clasificación y ausencia de prohibiciones para contratar), salvo que concurra alguna de las circunstancias a que se refieren sus apartados 2 y 3, solamente para aquel licitador que haya presentado la mejor oferta al momento previo a dictar el acuerdo de adjudicación del contrato. Dichos extremos, como señala su apartado 4, deberán subsistir en el momento de perfección del contrato.

Conviene, sin embargo, formular los siguientes principios generales que inspiran el sistema de prohibiciones para contratar:

1. La prohibición para contratar no es una sanción administrativa (149), si bien al ser un acto limitativo de derechos deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador (150), tales como la motivación y la proporcionalidad, sin que ello signifique la aplicación del mismo régimen en su integridad.

2. Las prohibiciones para contratar son absolutas y no admiten excepciones, por lo que deberá hacerse una interpretación restrictiva de las mismas (151). Quienes incurran en ellas no pueden contratar con el Sector Público en ningún caso, sea cuál sea el contrato e incluso la naturaleza del mismo (152).

3. El momento en que debe comprobarse la ausencia de concurrencia de prohibición para contratar, a juicio de los autores de esta obra, debe ser siempre anterior a la adopción del acuerdo de adjudicación con la finalidad de que no se llegase, en ningún caso, a formalizar el contrato si se detectase la concurrencia de alguna de ellas. Esta situación queda ya consagrada legalmente con la innovación incorporada en el artículo 140.4 de

(149) SSTS de 11 y 31 de mayo y de 1 de junio de 2007 y de 14 de mayo de 2009, y Sentencias de la Audiencia Nacional (en lo sucesivo, SSAN) de 18 de enero de 2006, de 11 de diciembre de 2008, de 14 de mayo de 2009 y de 15 de diciembre de 2011.

(150) STC 61/1990, de 29 de marzo.

(151) Véase Resolución del TACRC número 792/2017, de 15 de septiembre, sobre inadmisibilidad de cláusulas relativas a la prohibición de operar en paraísos fiscales.

(152) Artículo 71.1 de la LCSP, cuando señala que «No podrán contratar con el sector público...», y STS de 4 de julio de 2006.



la LCSP cuando dispone que «*Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato*».

4. Las prohibiciones para contratar, a excepción de aquellas que se aprecian de forma automática por los órganos de contratación y que subsistirán mientras concurren, requerirán su previa declaración mediante procedimiento, cuya resolución fijará expresamente la Administración a la que afecte y su duración (153).

5. Como principio general (154), las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.

Para finalizar, señalar que en general las novedades introducidas por la LCSP son escasas respecto a la regulación que se efectuaba en el TRLCSP, manteniéndose el esquema metodológico de distinguir entre prohibiciones que afectan a todos los contratos que celebren las entidades del Sector Público, y prohibiciones que, además de las anteriores, se refieren en exclusiva a una Administración Pública-Poder Adjudicador.

b) PROHIBICIONES QUE AFECTAN A LOS CONTRATOS QUE CELEBREN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

El artículo 71.1 de la LCSP se refiere a estas prohibiciones estableciendo las siguientes novedades de poco calado respecto de la regulación que se hacía en el artículo 60 del TRLCSP:

1. En la letra a) mantiene el contenido aunque cambia la enumeración que hace de los delitos de prevaricación y de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios que ahora pasa a denominar «*negociaciones a los funcionarios*».

En el último párrafo del artículo 71.1.a) se mantiene la referencia a que esta prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas. En tal caso, la vigencia del cargo o representación ha de referirse al momento de la actuación

(153) Artículo 72 LCSP.

(154) Artículo 71.3 de la LCSP. Sobre la interpretación de este precepto véase el Informe JCCA número 25/2009, de 1 de febrero de 2010.



penada y como presupuesto para atribuir la responsabilidad por otro (en este caso la persona jurídica representada) y no al momento de la condena (155) y sin que quepa eludir la prohibición en base a propiciar el cese de los administradores o representantes. Asimismo, el cese del administrador abierto el proceso por hechos realizados en dicha condición no evita que, recaída sentencia condenatoria, la sociedad o persona jurídica incurra en la prohibición de contratar (156). Una interpretación distinta haría de peor condición a los contratistas individuales frente a las personas jurídicas, propiciando que estas últimas quedaran exoneradas de las consecuencias de una conducta, imputable a las mismas en cuanto realizada en su beneficio a través de sus administradores o representantes, mediante la fórmula del cese de los mismos una vez conocido el proceso penal y ante una eventual sentencia condenatoria (157).

En relación a dicha cuestión, resulta importante establecer cuál ha de ser el criterio a la hora de aplicar esta causa de prohibición para contratar, a cuyo efecto resulta de vital importancia fijar los efectos invalidantes que de la misma pudieran derivarse en orden a la adjudicación y a la formalización del contrato (158). En relación a dicha cuestión resulta necesario analizar cada una de las siguientes situaciones:

– Si la prohibición existía antes de la expiración del plazo de presentación de proposiciones y era conocida por cualquier órgano de contratación del Sector Público en la actitud proactiva que le confiere al artículo 72.2 de la LCSP, el licitador incurso en ella tendría que ser excluido, bajo sanción de invalidez por nulidad, del proceso de contratación bien directamente, si en la sentencia se fijara el alcance y duración de la misma, bien mediante la instrucción del procedimiento previsto al efecto. A los efectos indicados, sería equiparable la situación en la que la revocación del nombramiento fuese acordada después del plazo de presentación de ofertas.

– Si la prohibición hubiese sido acordada después de que se hubiesen acreditado los requisitos de capacidad y aptitud para contratar pero antes de la adopción del acuerdo de adjudicación, debería excluirse a dicho licitador y tomar al siguiente que hubiera presentado la mejor oferta. En este sentido, dicho acuerdo de exclusión se realizaría a pesar de que la proposición presentada se viera acompañada de posibles medios de prueba basados en declaraciones formuladas por el licitador como, por ejemplo, la apor-

(155) Véanse SSTS de 11 de noviembre de 2003, de 4 de octubre de 2005, y de 4 de julio de 2006. En este sentido, la SAN de 15 de abril de 2013 señala que es preciso reparar que el TRLCSP emplea expresiones semejantes a las que utiliza el vigente Código Penal para determinar el alcance de la responsabilidad penal de quienes actúan en nombre o representación de otro o como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica.

(156) STS de 4 de octubre de 2005.

(157) SAN de 11 de noviembre de 2003.

(158) Véase la Resolución del TACRC número 46/2013, de 30 de enero.



tación de una declaración responsable otorgada ante notario. En consecuencia, habría de rechazarse la adjudicación a favor del licitador implicado pues, de lo contrario, el acuerdo adolecería de nulidad de pleno derecho.

A dichos efectos es fundamental recordar que, salvo que el Tribunal lo acuerde expresamente, no cabe que dicho pronunciamiento quede sin efecto como consecuencia de que se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo o que se haya dictado auto de medidas cautelares por el que se acuerde la suspensión del acto recurrido.

2. Respecto a la letra *b*), haber sido sancionadas con carácter firme (159), la LCSP en la misma línea ya aludida solamente procede a matizar que la infracción grave en materia profesional ha de suponer «*que ponga en entredicho su integridad*», a introducir la novedad de incluir las infracciones graves «*de disciplina de mercado*», y a simplificar la remisión a la normativa medioambiental que puede suponer la declaración de una infracción muy grave, acabando con una pormenorización que no solamente era innecesaria sino que, a pesar de la tarea de delegación legislativa que supuso el TRLCSP, hacía referencia a disposiciones legales derogadas en el momento de su aprobación (160).

3. En relación a la letra *c*), se amplía la excepción en la aplicación de esta causa de prohibición para contratar, no solamente cuando en el concurso haya adquirido eficacia un convenio, sino también para cuando «*se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos*».

Respecto de dicha prohibición todas las reservas y críticas por parte de los autores de esta obra (161) por los quebraderos de cabeza que pueden dar a las mesas o a los órganos de contratación a la hora de analizar los requisitos de capacidad de los licitadores o candidatos a los momentos procesales absolutamente distintos y distantes a que se refiere dentro del procedimiento concursal. Por un lado, habla de la solicitud de la declaración de concurso y, por otro, de la fase de convenio o del inicio de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

(159) Acuerdo de la JCCA, de 18 de abril de 2002, que entiende que la firmeza ha de ser en vía jurisdiccional.

(160) Por un lado, se menciona la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, que ya estaba derogada por Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, y, por otro, la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, derogada asimismo por la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

(161) Como cuestión de fondo resulta interesante preguntarse si no resultaría más adecuado proceder a esta solución cuando el deudor presenta voluntariamente la declaración del concurso cuando, por un lado, la declaración del Juez no producirá normalmente la suspensión de la actividad del deudor persona natural o de los administradores del deudor persona jurídica, y, por otro, es bastante habitual que el deudor que presenta la solicitud de concurso voluntario lo haga con la idea de llegar a convenio de modo que la empresa no entre en fase de liquidación. De cualquier modo, parece que lo más prudente hubiera sido mantener la prohibición de contratar con un licitador sobre cuya solvencia existieran más que serias dudas en cuanto a su solvencia por haber solicitado la declaración de concurso.



4. Respecto de la letra *d)*, se incluyen las siguientes novedades:

– Se crea una nueva causa de prohibición consistente en que, en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no se cumpla con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

– En relación a la nueva prohibición a la que se refiere el párrafo anterior y a la aplicable en empresas de 50 o más trabajadores de no cumplir el requisito de que al menos el 2 por 100 de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, se aclara que la acreditación de su cumplimiento se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de 6 meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

5. En relación a la letra *e)*, no se produce ninguna modificación material ya que simplemente se sustituye la redacción haciendo referencia a los preceptos incumplidos (arts. 82.4 y 343.1) en lugar de hacerlo, en general, al incumplimiento de la obligación de comunicar la información que corresponda en materia de clasificación y la relativa a los registros de licitadores y empresas clasificadas.

6. Respecto a la letra *f)*, se introduce la novedad de que la prohibición por sanción administrativa firme, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dejará de aplicarse cuando el órgano de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 72.1, compruebe que la empresa ha cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de las cantidades adeudadas, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas.

7. Sobre las letras *g)* (162) y *h)*, solamente se sustituye la referencia a la «*Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de*

(162) Véanse por su interés los siguientes informes:

1. Informe JCCA número 16/1992, de 24 de julio, señala que la citada prohibición no resulta extensible a las compañías públicas de cuyos Consejos de Administración formen parte funcionarios o altos cargos.

2. Informe JCCA número 54/2008, de 31 de marzo de 2009, que señala que a los contratos patrimoniales les resulta de aplicación el artículo 49 de la LCSP (art. 60 TRLCSP) a pesar de que la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas no contiene normas relativas a los requisitos de capacidad de las personas para participar en los procedimientos de selección del destinatario del aprovechamiento de los bienes patrimoniales. Sobre este asunto, el Informe JCCA número 62/2009,



Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas», por la «Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas».

c) PROHIBICIONES QUE AFECTAN A UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-PODER
ADJUDICADOR

El artículo 71.2 de la LCSP mantiene íntegramente la redacción que hacía el artículo 60.2 del TRLCSP.

d) ACREDITACIÓN DE LA AUSENCIA DE PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR

Respecto de dicho asunto, el artículo 72 de la LCSP recoge la redacción que se efectuaba en el artículo 61 del TRLCSP, introduciendo solamente una novedad respecto a la no declaración de la prohibición o a la revisión de la prohibición ya declarada en determinados casos a los que más adelante se hará referencia.

Por tanto, en la LCSP las causas que determinan la prohibición para contratar deberán quedar acreditadas de los siguientes sistemas:

1. Directo, cuando se aprecian directamente por los órganos de contratación (163):

– Artículo 71.1.c): Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, ha-

de 26 de febrero de 2010, matiza la incompatibilidad a la hora de celebrar contratos patrimoniales al indicar que para que los cargos electos de un Ayuntamiento estén incursos en incompatibilidad es necesario que dichos contratos sean financiados por el Ayuntamiento o por establecimientos dependientes del mismo, todo ello de conformidad con la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, añadiendo que dicha incompatibilidad deberá apreciarse en el momento en que se perfecciona el contrato por lo que la causa existente en el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta, no tendrá efecto si el contrato se hubiera perfeccionado con anterioridad a la concurrencia de la misma.

3. La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes (Informe JCCA número 53/2005, de 19 de diciembre, en el que para que la incompatibilidad los afecte será preciso que el concejal asuma su representación legal) de las personas a que se refieren los párrafos anteriores (excluyendo al suegro, Informe JCCA número 21/2000, de 6 de julio, y al padre del concejal, Informe JCCA número 35/2005, de 26 de octubre, al no estar contemplados en la redacción del precepto).

4. Informe JCCA número 50/2011, de 1 de marzo de 2012, en el que se cita el número 35/2005, de 26 de octubre, sobre incompatibilidad de los concejales.

5. Informe JCCA 76/2009, de 23 de julio de 2010, en el que se entiende que las causas de incompatibilidad que el TRLCSP prevé para los miembros de la Corporación municipal son de aplicación también para el caso en que la competencia y los recursos se gestionan por la Mancomunidad.

(163) Artículo 72.1.



llarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

A tal fin es preciso tener presente que los órganos de contratación, so pena de incurrir en responsabilidad (164), deben comprobar la situación concursal de los licitadores o candidatos ya que tienen a su alcance el Registro Público Concursal (165) como sistema de publicidad legal y gratuita a través de Internet (166). Su llevanza es competencia del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, correspondiendo a los Registros Mercantiles locales del domicilio del concursado el tratamiento de la información concursal y la remisión a la plataforma central.

– Artículo 71.1.d): No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias (167) o de Seguridad Social (168) impuestas por

(164) Disposición adicional vigésima octava de la LCSP, que prevé una posible responsabilidad patrimonial y disciplinaria de los gestores en materia de Contratación Pública.

(165) El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, convalidado por Resolución de 23 de abril de 2009, en su artículo 6.cinco sobre «Publicidad del concurso» dio nueva redacción a los artículos 23 y 198 de la Ley 22/2003 disponiendo lo siguiente:

«1. La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones.

El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el «Boletín Oficial del Estado», y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su NIF, el juzgado competente, el número de autos, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.»

«4. Las demás resoluciones que, conforme a esta Ley, deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.

5. El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.»

«Artículo 198. Registro Público Concursal.

El Registro Público Concursal será accesible de forma gratuita en Internet y publicará todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo conforme a las disposiciones de esta Ley.

También serán objeto de publicación las resoluciones dictadas en procedimientos concursales que declaren concursados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales, así como las demás resoluciones concursales inscribibles en el Registro Mercantil.»

(166) <https://www.publicidadconcursal.es/concursal-web/>

(167) Véase sobre las principales novedades tributarias introducidas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, http://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Le_Interesa/2017/Novedades_Ley9_2017.pdf.

(168) La validez y eficacia de los datos y demás información, acreditativos de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social a través de impresión autorizada por



las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por 100 de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

– Artículo 71.1.f): Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

– Artículo 71.1.g): Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

– Artículo 71.1.h): Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el BOE el incumplimiento a que se refiere el artículo 15.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o en las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los 2 años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de 2 años a contar desde el cese como alto cargo.

medios electrónicos, informáticos y telemáticos, requiere que incorpore en el documento emitido huella electrónica y clave de identificación de la Tesorería General de la Seguridad Social, en los términos establecidos o que establezca el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La información así impresa servirá para certificar el cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social a efectos de la celebración de contratos administrativos (disposición adicional sexta, apartado 2 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social), a tenor de lo previsto en el artículo 15 del RGTRLCAP, que continúa en vigor; a juicio de los autores de esta obra, en lo que no se oponga a lo previsto en LCSP. En conclusión, las certificaciones expedidas a través del sistema RED deben ser admitidas a efectos de acreditar el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social.



2. Mixto, cuando se aprecien o bien directamente por los órganos de contratación si la sentencia o la resolución administrativa firme contiene un pronunciamiento expreso, o bien, en caso contrario, previa tramitación del procedimiento establecido al efecto con el fin de efectuar la necesaria declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición:

– Artículo 71.1.a): Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

– Artículo 71.1.b): Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto.

3. Previo, cuando precisa de un procedimiento instruido al amparo del artículo 72 de la LCSP:

– Artículo 71.1.e): Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343.1.

– Artículo 71.2: Prohibiciones que afectan a una Administración Pública-Poder Adjudicador.

En relación a los sistemas de determinación de la prohibición para contratar, el artículo 72.5 de la LCSP introduce la única novedad en sus párrafos segundo y tercero que, como ya se ha adelantado, se refieren a la no declaración de la prohibición o a la revisión de la prohibición ya declarada:



- No declaración de la prohibición:

Procederá cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra *a*).

- Revisión de la prohibición ya declarada:

La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior. El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

e) PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

El artículo 72.7 de la LCSP mantiene la redacción que se hacía en el artículo 61.7 del TRLCSP con el siguiente contenido:

1. Artículo 71.1.a): El procedimiento, de ser necesario, no podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la correspondiente pena.

2. Artículo 71.2.b): El procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de 3 meses desde que se produjo la adjudicación.

3. Restantes supuestos del artículo 71: El procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de 3 años contados a partir de las siguientes fechas:

- Artículo 71.1.b): Desde la firmeza de la resolución sancionadora.
- Artículo 71.1.e): Desde la fecha en que se hubieran facilitado los datos falsos o desde aquella en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información.
- Artículo 71.2.a): Desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación del contrato, si la causa es la retirada indebida de proposi-



ciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación, si la prohibición se fundamenta en el incumplimiento de lo establecido en el apartado segundo del artículo 150.

– Artículo 71.2.c): Desde que la entidad contratante tuvo conocimiento del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato.

– Artículo 71.2.d): Desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato.

f) DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN

En relación a la duración de la prohibición para contratar, el artículo 72.6 de la LCSP reitera la misma redacción que se hacía en el artículo 61.6 del TRLCSP.

Su contenido es el siguiente:

1. En caso de sentencia penal firme:

– La prevista en el fallo de la misma.

– De no preverse en el citado fallo, la duración no podrá exceder de 5 años desde la fecha de la condena.

2. En el resto de los supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de 3 años, para cuyo cómputo se estará a lo establecido en el apartado tercero del artículo 73.

En todo caso ha de tenerse en cuenta que el día de inicio del cómputo del plazo de la prohibición para contratar ha de producirse a partir del momento en el que la autoridad con competencia para ello dicta el acto administrativo, con independencia de cuándo se produzca su publicación en el boletín oficial correspondiente (169).

g) EFICACIA DE LAS PROHIBICIONES

El artículo 73.3 de la LCSP mantiene la redacción que hacía el artículo 61, bis, 3 del TRLCSP con el siguiente contenido:

1. Artículo 71.1.a) y b): Desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o ésta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

2. Artículo 71.1.a) y b) si la sentencia o la resolución administrativa firme no se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición (sin perjuicio de la adopción de las medidas provisionales que

(169) Véase Resolución del TACRC número 26/2011, de 9 de febrero.



estimen oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse), y en el resto de casos del artículo 71: Desde la fecha de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores que corresponda.

El artículo 73.2, último párrafo de la LCSP dispone que la inscripción de la prohibición de contratar en el Registro de Licitadores correspondiente caducará pasados tres meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro tras el citado plazo.

Además de lo señalado y de que los acuerdos adoptados sobre prohibición de contratar se hayan de notificar a los interesados, si la declarasen se publicarán en el BOE cuando la prohibición tuviera carácter general o en los respectivos diarios o boletines oficiales en caso contrario en función del ámbito a que se circunscriba (170). Como ya se ha señalado, el día de inicio del cómputo del plazo de la prohibición para contratar ha de producirse a partir del momento en el que la autoridad con competencia para ello dicta el acuerdo administrativo, con independencia de cuándo se produce su publicación en el boletín oficial correspondiente (171).

5. OBJETO CONTRACTUAL

El sistema previsto en la LCSP respecto del objeto contractual, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

OBJETO CONTRACTUAL (ARTÍCULO 99)				
DETERMINADO PERO TAMBIÉN EN ATENCIÓN A LAS NECESIDADES O FUNCIONALIDADES CONCRETAS PARA INCORPORAR INNOVACIONES TECNOLÓGICAS, SOCIALES O AMBIENTALES				
LOTES				
REGLA GENERAL (CADA LOTE UN CONTRATO)	- RESERVA CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL Y A EMPRESAS DE INSERCIÓN (DP. A. 4*) - CONTRATOS DE SERVICIOS DE CARÁCTER SOCIAL, CULTURAL Y DE SALUD (DP. A. 50*)	LIMITACIONES JUSTIFICADAS: - ANUNCIO - PCAPs.	Nº LOTES LICITADOR OFERTA	OFERTAS INTEGRADORAS PCAPs. + ANUNCIO + VARIOS CR. ADJUDICACIÓN + EVALUACIÓN COMPARATIVA + SOLVENCIA/CLAS. A TODOS LOS LOTES
			Nº LOTES ADJUDICAR. PCAPs CRITERIOS SOLUCIÓN EXCESO	
EXCEPCIÓN	MOTIVOS VÁLIDOS SALVO CONCESIONES	RESTRICCIÓN COMPETENCIA INFORME S. DEF. COMPETENCIA		
		DIFICULTADES CORRECTA EJECUCIÓN		

Gráfico número 5

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

(170) Artículo 20 del RGTRLCAP.

(171) Sobre esta cuestión resulta interesante consultar la Resolución del TACRC número 26/2011, de 9 de febrero.



En todo caso, aunque pueda parecer innecesario, debe quedar claro que queda a la competencia discrecional del órgano de contratación la decisión de integrar en el objeto del contrato, por motivos de índole práctica, prestaciones susceptibles de ser consideradas aisladamente como constitutivas de otros tantos contratos (172).

El artículo 99 de la LCSP mantiene puntualmente la redacción que se efectuaba en el artículo 86 del TRLCSP, en relación a la necesidad de que el objeto de los contratos deba ser determinado y a la prohibición de proceder al fraccionamiento de los contratos con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo (debería hablar de valor estimado del contrato a tenor del artículo 101 de la LCSP) y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, pero realiza una amplia reforma que se concreta en las siguientes novedades:

1. En el apartado 1 establece que la determinación del objeto contractual se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

2. En el apartado 3 consagra el principio general de que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización de lotes, pudiéndose reservarse alguno o algunos, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta, a favor de Centros Especiales de Empleo (173) de iniciativa social y a empresas de inserción.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente (174), salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

(172) Véase la Resolución del TACRC número 58/2012, de 22 de febrero.

(173) Véase Resolución del TACRC número 538/2016, de 8 de julio, sobre la acreditación de la condición de Centro Especial de Empleo a efectos de los contratos reservados, no es necesario que se refiera a la específica actividad objeto del contrato.

(174) Véase Resolución del TACRC número 52/2013, de 30 de enero, no se consideró suficiente la motivación de no fraccionar en lotes el objeto de un contrato que incluía varios servicios en base a *«lograr el éxito, y ante la importancia, y la extensión del proyecto, se apuesta por una única empresa adjudicataria, con responsabilidad global y única para todo el paquete de servicios TIC, con una misma infraestructura que facilite la evolución y despliegue de los servicios solicitados. La gestión, administración y mantenimiento de los servicios TIC requiere una gran interacción entre el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria prestadora de los servicios, por lo que se pretende delimitar las responsabilidades, y evitar situaciones de conflicto entre varios interlocutores independientes que no benefician al Ayuntamiento, y que puedan mermar la calidad del Servicio Global y aumentar los tiempos de implantación»*. La motivación debe interrelacionar las distintas prestaciones recogidas en el objeto del contrato de modo conclusivo, es decir, analizando la relación entre ellas y por qué razón o razones entiende la administración contratante que su licitación debe ser unificada.



En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

- Que la misma conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia, previo informe de la autoridad de defensa de la competencia correspondiente.
- Que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico, previa justificación en el expediente de contratación.
- Que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Este extremo deberá ser, asimismo, justificado debidamente en el expediente.

Sobre la figura de los lotes es necesario, aunque no haya sufrido variación sobre lo previsto en el TRLCSP, referirse a las posibilidades que, a efectos de considerar o no sujeto a regulación armonizada un determinado contrato, se recogen en el artículo 20.2 párrafo segundo, para contratos de obras, y en los incisos finales de los artículos 21.2 y 22.2 que se aplican, respectivamente, a los contratos de suministro y de servicios (175).

(175) Hasta el momento, en lo que a los autores de esta obra se les alcanza, no queda clara la interpretación de dichos artículos. No obstante, la interpretación de dichos preceptos, en relación a la posibilidad de formar lotes en relación a un determinado objeto contractual, admite, a nuestro juicio, dos posibilidades:

1. Por un lado, la tesis, que se podría denominar «*literalista*», que entiende que será posible excluir un contrato del sistema de regulación armonizada mediante la formación de lotes y una interpretación estrictamente textual de los citados artículos. Vaya por delante la observación de que, si lo que se persigue es lo que se señala a continuación, existen bastantes posibilidades de que esta interpretación fuera declarada contraria al Derecho Comunitario de la Contratación Pública.

Así, por ejemplo, en un contrato de obras con valor estimado de 5.800.000 euros si el órgano de contratación pudiera realizar los siguientes lotes cumpliendo los requisitos del artículo 86.3 del TRLCSP (Lote 1 – 3.700.000, Lote 2 – 1.750.000 y Lote 3 – 350.000) podría descontar del cómputo a efectos del umbral comunitario el importe del Lote 3 (350.000 euros) ya que no supera el millón de euros y además tampoco es mayor del 20 por ciento de valor acumulado de los lotes. De este modo, el valor estimado del mencionado contrato no sería de 5.800.000 euros sino de 5.450.000 euros (5.800.000 menos 350.000 euros). Por ello dicho contrato no estaría sujeto a regulación armonizada ya que no superaría los 5.548.000 euros, cuantía prevista para este tipo de contrato en la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018.

El funcionamiento sería idéntico para el contrato de suministros y de servicios. Así, por ejemplo, en un contrato de servicios de 160.000 euros realizado por la Administración General del Estado si el órgano de contratación pudiera realizar dos lotes cumpliendo los requisitos del artículo 86.3 del TRLCSP (Lote 1 – 130.000, Lote 2 – 30.000) podría descontar del cómputo a efectos del umbral comunitario el cómputo del Lote 2 ya que es menor de 80.000 y no supera los 32.000 (20 por ciento del importe de todos los lotes). Ello supondría que, aplicando la interpretación ya señalada para el contrato de obras, dicho contrato no estaría sujeto a regulación armonizada ya que no superaría los 144.000 euros cuantía prevista para este tipo de contrato en la citada Orden HFP/1298/2017.

No parece que sea ésta la interpretación más ortodoxa.



3. En el apartado 4 regula, por un lado, las limitaciones al número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta y al número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, y, por otro, la posibilidad de que el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y la procedencia de adjudicar más de un lote al mismo licitador, aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

– Deberá indicarse expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el párrafo segundo de la letra b) del mencionado apartado 4, introduce un contenido de difícil comprensión pues indica que *«Cuando se introduzca la limitación a que se refiere la letra b) anterior»*, es decir, cuando se introduzca una limitación al número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, *«además deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios»*. No se alcanza a comprender tal razonamiento si, como se ha señalado, los propios pliegos de cláusulas administrativas particulares han de prever tal limitación.

– Salvo lo que disponga el pliego de cláusulas administrativas particulares, en las uniones de empresarios serán éstas y no sus componentes las consideradas candidato o licitador.

– Podrá reservarse alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo (176) o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de pro-

2. En segundo lugar, la tesis que se podría llamar de *«doble velocidad»* según la cual unos lotes irían al cronograma que plantea la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada y otros, que cumplieran las condiciones previstas en dichos artículos, aplicarían el previsto para los no sujetos a dicho régimen.

Así, de acuerdo con dicha interpretación y volviendo al ejemplo realizado respecto al contrato de obras (Lote 1 - 3.700.000, Lote 2 - 1.750.000 y Lote 3 - 350.000), el contrato debería publicarse en el DOUE pero con la salvedad de que el lote 3, al no superar el millón de euros y no ser mayor del 20 por ciento de valor acumulado de los lotes, se regiría únicamente por los plazos de concurrencia previstos para la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada. Esta interpretación haría que el contrato se encontrara sujeto a regulación armonizada, aunque a uno de sus lotes no se les aplicara las normas de adjudicación propias de dicha declaración, y que, por tanto, fuera susceptible de ser objeto de recurso especial en materia de contratación (curiosamente, en el caso señalado, contra un lote 3 a pesar de que su valor estimado no alcanza el umbral comunitario). Por estas razones, esta segunda tesis, sería la más conveniente para el órgano de contratación dado que resultará la más prudente y operativa para la gestión del expediente de contratación y del contrato en su conjunto.

(176) Véase Resolución del TACRC número 538/2016, de 8 de julio, sobre la acreditación de la condición de Centro Especial de Empleo a efectos de los contratos reservados, no es necesario que se refiera a la específica actividad objeto del contrato.



gramas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades que reúnan las condiciones previstas en la disposición adicional cuadragésima octava en relación a ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud.

Cuando se hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y la procedencia de adjudicar más de un lote al mismo licitador, el órgano de contratación podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan los requisitos siguientes:

- Que se hubiere establecido en el pliego que rijan el contrato, concretando la combinación o combinaciones que se admitirán, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas, y que se recoja en el anuncio de licitación.

- Que existan varios criterios de adjudicación.

- Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa de las ofertas para determinar si las ofertas presentadas por un licitador concreto para una combinación particular de lotes cumpliría mejor, en conjunto, los criterios de adjudicación establecidos en el pliego con respecto a dichos lotes, que las ofertas presentadas para los lotes separados de que se trate, considerados aisladamente.

- Que los empresarios acrediten la solvencia económica, financiera y técnica correspondiente, o, en su caso, la clasificación, al conjunto de lotes por los que licite.

El apartado 7 puntualiza que cada lote será un contrato salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato.

6. PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN, VALOR ESTIMADO Y PRECIO

A. Presupuesto base de licitación

Sobre este concepto, los autores de esta obra ya tuvieron ocasión de manifestarse con anterioridad (177) señalando que al ser aprobada la

(177) *Comentarios sobre la Contratación Pública Comunitaria y la Ley de Contratos del Sector Público*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2008 se decía en sus conclusiones:

«*TERCERA: La cuestión de fondo radica en la parcial perpetuación de la presencia de los conceptos “presupuesto del contrato” y “presupuesto base de licitación” en el TRLCSP cuando*



Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público se trataba de un concepto que había quedado superado, aunque se utilizaba por ejemplo indebidamente en los artículos 87.1, 95.3 y 98.3 del TRLCSP, por el del valor estimado del contrato que, de este modo, se había constituido en pieza fundamental a la hora de aplicar la metodología incorporada por la misma a la hora de aplicar el principio de publicidad.

Sin embargo, para sorpresa de muchos, se incorpora a la LCSP dicho concepto con una funcionalidad, a nuestro juicio, nula. Esto merece una explicación:

– Cuando se emplea en la LCSP, por ejemplo en los artículos 102.3 y 106.2, se mantiene la falta de rigor que aparecía incluida en los artículos 87.3 y 103.2 del TRLCSP.

– Cuando se usa mayoritariamente en la LCSP, artículos 107.3, 150.2, 153.4, 233.2, 235, se refiere al mismo con expresa mención a la exclusión del IVA, es decir, al valor estimado del contrato.

– Cuando se cita con sustantividad propia [arts. 63.3.b)], se incurre en una obviedad pues se refiere al presupuesto base de licitación mencionando expresamente la inclusión del IVA, cosa que, por naturaleza como dispone el artículo 100.1 de la LCSP, se desprende del propio concepto recogido en el artículo 100.1 de la LCSP.

– Por lo tanto, solamente se utiliza con sustantividad propia en el artículo 168.a) 1.º a propósito de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad cuando no se haya presentado ninguna oferta, ninguna oferta adecuada, ninguna solicitud de participación, o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución, y que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando ésta así lo solicite.

éste ha abandonado su contenido formal y material en el que a tenor del TRLCAP, ya totalmente derogado, incluía en los mismos la imposición indirecta que gravara cada operación.

Actualmente las alusiones contenidas indebidamente en el TRLCSP a los conceptos propios del TRLCAP citados en el párrafo anterior han de entenderse hechas, a expensas de la reforma de los artículos en los que se perpetúan cuestión que sería muy deseable, al de “valor estimado del contrato”.

CUARTA: Siempre que en el TRLCSP se incluya el término “valor estimado” o “presupuesto” se está haciendo referencia a la fase previa a la adjudicación del contrato, y siempre éste último, en sus referencias al “presupuesto base de licitación” o al “presupuesto del contrato”, hay que entenderlo equivalente al único común denominador que utiliza que es, precisamente, el del valor estimado del contrato.»

Por ello resultaba sorprendente que a estas alturas se continuasen aprobando disposiciones reglamentarias, como la contemplada en la Orden FOM/1824/2013, de 30 de septiembre, por la que se fija el porcentaje a que se refiere el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, a aplicar en el Ministerio de Fomento, en las que se insiste en mantener un concepto que el Legislador ha derogado al introducir el de valor estimado del contrato regulado en el artículo 88 del TRLCSP.



Desde el mencionado punto de vista, no parece lógico que se haya permeado al texto de la LCSP este concepto que bien podría haberse definido por referencia al de valor estimado del contrato, sin que hubiese cambiado el sentido de la limitación que el Legislador ha estimado incorporar en esta materia.

Dicho lo anterior, del artículo 100 de la LCSP se deriva lo siguiente:

1. Es un concepto que ha de aprobarse con carácter previo pata todo contrato.

No será necesario que se haga así en el caso de celebración de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por presupuesto base de licitación el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido (en lo sucesivo, IVA), salvo disposición en contrario.

3. Los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia.

B. Valor estimado

a) CONCEPTO

El valor estimado es un concepto diferente al del presupuesto base de licitación y al del precio del contrato y fue una novedad introducida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Su objeto era poder determinar «*a priori*», en la fase interna del contrato (178), cuándo un contrato quedaría sujeto a regulación armonizada, y, cuándo sería posible aplicar el procedimiento negociado por sistema de cuantías

(178) En el Informe JCCA 43/2008, de 28 de julio, no se decanta sobre en qué documento del expediente administrativo el órgano de contratación debe establecer el valor estimado del contrato, señalando tan solo que, al no regularse ni en la LCSP ni en el RGTRLCAP, el valor estimado del contrato debe figurar en el expediente de contratación (a efectos de determinar si está o no sujeto a regulación armonizada y, en su caso, qué procedimiento de adjudicación debe seguirse) en alguno de los documentos que se incorporan al mismo, a fin de que se pueda proceder a la fiscalización previa de la aprobación del gasto y a la posterior aprobación del expediente.



que se establecen en el TRLCSP para simplificar el proceso de contratación. Actualmente, en la LCSP su razón de ser es la misma en relación a los contratos sujetos a regulación armonizada y, además, permitir la aplicación, como más adelante se verá, del procedimiento abierto simplificado y constituir uno de los parámetros del ámbito de aplicación objetivo para la posible interposición del recurso especial en materia de contratación.

Por lo tanto, se puede afirmar que fue una innovación esencial para la metodología que se introdujo a raíz de la citada Ley 30/2007.

El apartado 4 del artículo 101 de la LCSP extiende a todos los contratos el enunciado relativo a que la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan, que solamente se predicaba en el artículo 88.5 del TRLCSP respecto de los contratos de suministro y servicios. Asimismo, en el apartado 6 del mencionado artículo 101, introduce una novedad subjetiva desde el punto de vista de la organización interna del órgano de contratación en virtud de la cual cuando esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales, salvo que una de ellas sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, en cuyo caso los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate. En todo caso, se entenderá que ello se produce cuando una unidad cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato (179).

b) MÉTODO DE CÁLCULO

Respecto al método de cálculo, el citado artículo 101 de la LCSP continúa señalando:

1. Al igual que se hacía en el artículo 88.2 del TRLCSP, en el apartado 7 se mantiene que la estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento

(179) Véase sobre el concepto de unidades funcionales, a las que se refiere el artículo 101 de la LCSP, la contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Málaga, Expediente JCCPE número 0009/18. En el mismo, se alcanzan las siguientes conclusiones:

– Para la licitación de un contrato público, en los supuestos en que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté caracterizada por gozar de una financiación específica y de competencia propia para celebrar un contrato, el valor estimado se calculará al nivel de la unidad de que se trate.

– Cuando se den las anteriores circunstancias el contrato tendrá autonomía y sustantividad respecto de los que puedan celebrarse en la misma entidad pública contratante.



de adjudicación del contrato (180). En el primer supuesto, la LCSP mantiene respecto del TRLCSP un requisito de imposible cumplimiento en cuanto que la valoración no puede fijarse en referencia «*al momento del envío del anuncio de licitación*» sino que ha de estar fijada en la fase interna, es decir, en el expediente de contratación, por lo que el indicado inciso ha de entenderse en el sentido de que la estimación ha de estar perfectamente definida en el momento de aprobar el mencionado expediente e iniciar la fase externa con la publicación del correspondiente anuncio de licitación.

El apartado 2 en su primer párrafo introduce como novedad la referencia a que en el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial, para finalizar reiterando lo que se incluía en el artículo 88.1 del TRLCSP en el sentido de que, asimismo, deberán tenerse en cuenta:

- Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.
- Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.
- En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

En cuanto al tema de lotes el apartado 12 del artículo 101 de la LCSP, sin perjuicio de que pudiera resultar de aplicación lo previsto en el artículo 20.2, párrafo segundo, y en los incisos finales de los artículos 21.2 y 22.2 para los contratos de obras, suministros y servicios que ya han sido objeto de comentario en la nota 103 de esta obra a propósito del Objeto Contractual, posee el siguiente contenido:

- Por un lado, en su primer párrafo reproduciendo el artículo 88.7 del TRLCSP señala que cuando la realización de una obra, la contratación

(180) Respecto a dicho asunto, por ejemplo, no se recoge en la LCSP la manera de fijar el valor estimado en casos en los que el tipo impositivo de los impuestos indirectos a aplicar sobre los bienes a adquirir es múltiple en función de la naturaleza también dispar de los mismos. En este último caso, salvo que el desarrollo reglamentario estableciera otra cosa, el órgano de contratación tendría que hacer el esfuerzo de pormenorizar el importe exacto de los impuestos indirectos precisamente porque, por ejemplo, las garantías que en su caso hubiera que constituir deberían de calcularse sobre el valor estimado del contrato en el caso de la garantía provisional o sobre el precio en el de la garantía definitiva, en ambos casos con los impuestos indirectos excluidos.



de unos servicios o la obtención de unos suministros destinados a usos idénticos o similares pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes.

– Por otro, como novedad, en su párrafo segundo dispone que igualmente, cuando una obra o un servicio propuestos puedan derivar en la adjudicación simultánea de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios por lotes separados, deberá tenerse en cuenta el valor global estimado de todos los lotes.

2. En relación al método de cálculo de cada tipo de contrato, cabe señalar lo siguiente:

– Contratos de obras (181), suministros y servicios [art. 101.a)]:

Se tomará, al igual que se hacía en el artículo 88.1 del TRLCSP, como valor estimado el importe total, sin incluir el IVA, pagadero según sus estimaciones.

Respecto al contrato de obras la LCSP en el apartado 8 del artículo 101 se reproduce lo que indicaba el artículo 88.3 del TRLCSP en el sentido de que debe tener en cuenta el importe de las mismas así como el valor total estimado de los suministros necesarios para su ejecución que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación.

En relación al contrato de suministro, el apartado 9 recoge lo que se preveía en el artículo 88.4 del TRLCSP en el sentido de que cuando tenga por objeto el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos de productos, el valor que se tomará como base para calcular el valor estimado del contrato será el siguiente:

- En el caso de contratos de duración determinada, cuando su duración sea igual o inferior a 12 meses, el valor total estimado para la duración del contrato; cuando su duración sea superior a 12 meses, su valor total, incluido el importe estimado del valor residual.
- En el caso de contratos cuya duración no se fije por referencia a un período de tiempo determinado, el valor mensual multiplicado por 48.

Respecto al contrato de servicios, el apartado 11 del artículo 101 reproduce lo que se señalaba en el artículo 88.6 del TRLCSP que indicaba que, a los efectos del cálculo de su valor estimado, se tomarán como base, en su caso, las siguientes cantidades:

(181) Orden APM/401/2018, de 12 de abril, por la que se fija el porcentaje a que se refiere el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, a aplicar en el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente.



- En los servicios de seguros, la prima pagadera y otras formas de remuneración.
- En servicios bancarios y otros servicios financieros, los honorarios, las comisiones, los intereses y otras formas de remuneración.
- En los contratos relativos a un proyecto, los honorarios, las comisiones pagaderas y otras formas de remuneración, así como las primas o contraprestaciones que, en su caso, se fijen para los participantes en el concurso.
- En los contratos de servicios en que no se especifique un precio total, si tienen una duración determinada igual o inferior a 48 meses, el valor total estimado correspondiente a toda su duración. Si la duración es superior a 48 meses o no se encuentra fijada por referencia a un período de tiempo cierto, el valor mensual multiplicado por 48.

El último párrafo del apartado 2 del artículo 101 de la LCSP, introduce como novedad la referencia a que en el contrato de servicios en los que sea relevante la mano de obra se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.

Por último, en el apartado 10 se establece, al igual que se hacía en el artículo 88.5 del TRLCSP, que en los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter de periodicidad, o de contratos que se deban renovar en un período de tiempo determinado, se tomará como base para el cálculo del valor estimado del contrato alguna de las siguientes cantidades:

- El valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio precedente o durante los doce meses previos, ajustado, cuando sea posible, en función de los cambios de cantidad o valor previstos para los doce meses posteriores al contrato inicial.
- El valor estimado total de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega o en el transcurso del ejercicio, si este fuera superior a doce meses.

– Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios [art. 101.b)]:

Se tomará, como novedad sobre el TRLCSP, el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el IVA (182), que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato.

(182) Véase Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía número 2/2016, de 14 de enero.



Respecto del artículo 88 del TRLCSP, se mantiene lo que se indicaba respecto al contrato de concesión de obras que ahora se extiende al de concesión de servicios en el sentido de que hay que incluir el valor de los suministros relacionados con dichas obras y servicios.

El último párrafo del apartado 2 del artículo 101 de la LCSP, introduce como novedad la referencia a que en el contrato de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.

Adicionalmente a lo previsto en el apartado 2, en el apartado 3 se señala que en el cálculo del valor estimado de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios se tendrán en cuenta, cuando proceda, los siguientes conceptos:

- La renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador.
- Los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, concedidos al concesionario por el poder adjudicador o por cualquier otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública.
- El valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión.
- El precio de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión.
- El valor de todos los suministros y servicios que el poder adjudicador ponga a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios.

En el apartado 13 del artículo 101 de la LCSP recoge lo que se disponía en el artículo 88.8 del TRLCSP indicando que para los acuerdos marco y para los sistemas dinámicos de adquisición se tendrá en cuenta el valor máximo estimado, excluido el IVA, del conjunto de contratos previstos durante la duración total del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición.

Por último, en el apartado 14 introduce la siguiente novedad al hilo del nuevo procedimiento de asociación para la innovación. En este caso, se tendrá en cuenta el valor máximo estimado, excluido el IVA, de las actividades de investigación y desarrollo que esté previsto que se realicen a lo largo de la duración total de la asociación, y de los suministros, servicios u obras que esté previsto que se ejecuten o adquieran al final de la asociación prevista.



c) EXCLUSIÓN DE LA REVISIÓN DE PRECIOS

No se incluirán en el cálculo del valor estimado del contrato ni el importe de las posibles revisiones de precios, porque no existe ni en el TRLCSP ni en la Directiva 2004/18/CE ningún precepto que avale esta inclusión y porque, además, no resultaría posible calcular el importe de la misma ya que legalmente la revisión puede hacerse tanto al alza como a la baja en función de la elevación o reducción de los índices que sirvan de base para su cálculo, ni el posible coste adicional en un contrato de obra porque, a tenor del artículo 242.4.c).i) de la LCSP, no proceda la tramitación de una modificación contractual siempre que los excesos en global en la medición de la obra, entendidas como la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio del contrato inicial, y, finalmente, porque no forman parte del contrato inicial y cabe que no se produzcan (183).

C. Precio

a) PLANTEAMIENTO GENERAL

La LCSP, en su artículo 102 en relación con el artículo 35.1.f), mantiene los grandes postulados que se formularon en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y que se mantuvieron en el TRLCSP, introduciendo pequeñas cláusulas de estilo que no introducen novedades significativas:

- El precio ha de formar parte del contenido mínimo del contrato.
- Se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado.
- Ha de ser un precio cierto (184) (impuestos indirectos excluidos en partida aparte (185), que deberá expresarse en euros (aunque po-

(183) Véase Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.

(184) En este particular se da una de las principales paradojas que se producen en el TRLCSP ya que, por un lado, el órgano de contratación ha de velar porque el importe sea adecuado al precio general de mercado (expresión que se incluyó en el artículo 87.1 de la mano del Consejo de Estado porque el planteamiento del anteproyecto era que *«la regla de precio adecuado al mercado no es compatible con el criterio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa en la directiva»*) y, a la vez, también se le obliga a adjudicar siempre que una oferta o proposición resulte admisible de acuerdo con los criterios que figuren en los pliegos (art. 150.3, párrafo segundo). Ello conlleva que, en contra de los principios de economía, eficacia y eficiencia que se recogen en la LGP, se deban adjudicar contratos a pesar de que el órgano de contratación conozca perfectamente que el precio de adjudicación es superior al de mercado.

(185) Disposición adicional decimotercera de la LCSP, en relación a las *«Referencias al Impuesto sobre el Valor Añadido»*, señala que *«Las referencias al Impuesto sobre el Valor*



drá preverse que la totalidad o parte del precio sea satisfecho en moneda distinta en cuyo caso se expresará la correspondiente divisa y su estimación en euros), o establecer el modo de determinarlo (186), en el caso de que el pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones.

El concepto de la certeza del precio no se define en la LCSP ni en las restantes normas de Derecho Administrativo, por lo que deben aplicarse supletoriamente las normas del Derecho Privado, ya que así se ha previsto en los artículos 25.2 y 26.2, 3 y 4. El concepto de «*precio cierto*» se define en los artículos 1.447 y 1.449 del Código Civil, al regular el contrato de compraventa, en cuya virtud el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes y para que se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

En este particular se reproduce una de las principales paradojas que se producían en el TRLCSP ya que, por un lado, el órgano de contratación ha de velar porque el valor estimado y el precio, como ya se ha visto, sean adecuado al precio general de mercado pero, a la vez, se le obliga a adjudicar siempre que una oferta o proposición resulte admisible de acuerdo con los criterios que figuren en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 150.3, párrafo segundo). Ello conllevaba y conllevará que, en contra de los principios de economía, eficacia y eficiencia que se recogen en la LGP, se deban adjudicar contratos a pesar de que el órgano de contratación conozca perfectamente que el precio asignado a la mejor oferta es superior al de mercado.

– Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de las Administraciones Públicas, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que ésta u otra Ley lo autorice expresamente. Respecto de este postulado, hay que tener en cuenta el caso especial que se recoge en la disposición adicional novena de la LCSP, sobre normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

Añadido deberán entenderse realizadas al Impuesto General Indirecto Canario o al Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación, en los territorios en que rijan estas figuras impositivas».

(186) Véanse Informe JCCA número 52/2009, de 26 de febrero de 2010, en el que se analiza la posibilidad de que la retribución del contratista consista, única y exclusivamente, en un porcentaje sobre el importe efectivamente cobrado (principal, intereses y sanciones), correspondientes a los expedientes fruto de la colaboración en la inspección, comprobación, investigación, realizados por el adjudicatario, e Informe JCCA número 59/2011, de 1 de marzo de 2012, sobre si cabe dentro del concepto de precio cierto aquel que se fija en un porcentaje de ahorro de energía a percibir por la empresa de servicios energéticos a consecuencia del proyecto de mejora de la eficiencia energética implementado para lo cual analiza la doctrina de la propia Junta que se recoge en el citado Informe 52/2009.



– En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.

b) MODOS DE DETERMINACIÓN

En este particular, la LCSP no introduce ninguna novedad sobre el modo de determinación del precio, por lo que hay que distinguir:

1. Los modos que se utilizan normalmente para la determinación del precio y que consisten o bien en el sistema de aplicar precios unitarios o bien en la fijación de precios a tanto alzado. En el primero de ellos, se requiere medir la prestación de que se trate ya que los precios se refieren a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, mientras que, por el contrario, en el sistema de precios a tanto alzado no hace falta medir la prestación toda vez que el precio es global referido a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato.

No puede hablarse de que un sistema sea preferible al otro, Sin embargo, sí hay que señalar que su elección dependerá del diseño de la estrategia contractual que se aplique a cada contrato. En dicha labor, lo que sí puede apuntarse es que la no ponderación a la hora de la elección del sistema de precio a tanto alzado pudiera desarrollar las siguientes patologías:

– Puede ponerse de manifiesto en un momento ya insalvable, cuando se analicen las ofertas o proposiciones presentadas por los licitadores, que el valor estimado del contrato se encontrara sobredimensionado, es decir, que no responde al precio general del mercado y que, en consecuencia, las citadas ofertas o proposiciones podrían ser consideradas anormalmente bajas o desproporcionadas (187) o, peor todavía, que se produjera el efecto de «*umbral de saciedad*» a la hora de valorar el criterio de adjudicación precio, en virtud del cual el proceso se convierte en un conformado documental en el que todos los licitadores obtienen la máxima puntuación porque el valor estimado se encontraba por encima del valor de mercado (188).

(187) Véase Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(188) Véase Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (TGSS, INSS, ISM,



2. Asimismo, se prevén los siguientes sistemas especiales de determinación del precio de los contratos:

– La fijación del precio en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento con la imposición de determinadas penalidades en caso de incumplimiento. Lógicamente la inclusión de este tipo de cláusulas de variación de precios deberán quedar reservadas para contratos cuya naturaleza y objeto lo permitan, debiendo determinarse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones así como las reglas para su determinación.

– La fijación de un precio provisional reservado para los casos excepcionales en los que, tras la tramitación de un procedimiento negociado, de un diálogo competitivo, o de un procedimiento de asociación para la innovación, se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o porque no exista información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.

En estos casos, el precio se determinará, dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallará en el contrato el procedimiento para determinar el precio definitivo, las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones, y los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción. La utilización de esta modalidad de determinación del precio es especialmente aconsejable si se busca lograr una mayor eficiencia en los resultados de la ejecución del contrato, asociando el precio a objetivos que añadan valor a ese resultado (189). A tal fin es primordial que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el contrato se determinen con precisión los supuestos en que se producirán esas variaciones y las reglas para su determinación con el fin de garantizar la seguridad jurídica de las partes contratantes.

INGESA y IMSERSO), durante los ejercicios 2004 y 2005 (aprobado por el Pleno en sesión de 26 de abril de 2007, Suplemento del BOE número 8 Miércoles 9 de enero de 2008).

(189) Este debería ser el sistema de fijación del precio en supuestos en los que determinados objetos contractuales no tienen mercado y se hace preciso ir haciendo un seguimiento de los hitos alcanzados y de la verificación de costes incurridos del contratista. Piénsese, por ejemplo, en la compra de sistemas de armas sujetos a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de la Defensa y de la Seguridad.



c) REVISIÓN DE PRECIOS

Sobre este particular (190), la LCSP introduce estas importantes novedades:

1. Acaba, en su artículo 102.5, con la dualidad que se consagraba en el TRLCSP entre las Administraciones Públicas-Poderes Adjudicadores a los que se aplicaba lo previsto en el mismo y el resto de entidades que se regirían por la forma pactada en el contrato. Ahora las normas aplicables en materia de revisión de precios, incluidas en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, serán aplicables a todas las entidades del Sector Público cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas de costes que acaezcan durante la ejecución del contrato.

2. Específica, en el artículo 103.4 y a diferencia de lo que señalaba el TRLCSP, que será en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (191), y ya no también en el contrato, donde se deberá detallar la fórmula de revisión periódica y predeterminada aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato (192) y determinará la revisión de precios en cada fecha, ya no respecto de la fecha de adjudicación del contrato como indicaba el TRLCSP sino desde la fecha de su formalización si la misma se produce en el plazo de 3 meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de 3 meses si la misma se produce con posterioridad.

3. Dispone, en el segundo párrafo del artículo 102.6, que en los contratos celebrados con precios provisionales no cabrá la revisión de precios.

(190) Orden HFP/235/2018, de 6 de marzo, sobre los índices de precios de la mano de obra y materiales para los tres primeros trimestres de 2017, aplicables a la revisión de precios de contratos de las Administraciones Públicas y sobre los índices de precios de los materiales específicos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento para el mismo periodo.

(191) Véase Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se señala que no resulta válida la declaración de improcedencia de la revisión de precios consistente en señalar que ya están *«contempladas en los pliegos las posibles variaciones que pudieran producirse en los mismos»*. También se censura el caso de la Oficina Española de Patentes y Marcas que señaló, a la hora de justificar la no inclusión de una cláusula de revisión de precios, *«en razón de que el precio determinado por la Oficina Española de Patentes y Marcas ha sido calculado teniendo en cuenta las posibles variaciones de los diferentes elementos del coste que en el mismo intervienen»*. Esta circunstancia supondría que el presupuesto de licitación se habría establecido por encima del precio real, en lugar de atenderse a éste y emplear las fórmulas de revisión de precios que permiten mantener la equidad en la contraprestación que recibe el contratista por su servicio. Apoyan esta valoración el hecho de que el presupuesto de licitación fue superior en un 26 por ciento a la media de las ofertas presentadas y que la oferta adjudicataria fue inferior en un 10 por ciento a dicha media.

(192) Véase Informe JCCA 59/2003, de 7 de junio de 2004.



4. En el artículo 103.10 establece que la posible revisión de precios se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de la posibilidad de mantener el equilibrio económico en las circunstancias específicas previstas para los contratos de concesión de obras y de servicios en los artículos 270 y 290 de la LCSP.

5. En el párrafo segundo del artículo 103.1 dispone que, en general no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos, salvo en los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el artículo 19.2 de la LCSP (193).

6. Matiza en el artículo 105 que el pago del importe de las revisiones que procedan se hará efectivo, de oficio, mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales, a cuyo efecto se tramitará a comienzo del ejercicio económico el oportuno expediente de gasto para su cobertura, y que los posibles desajustes que se produjeran respecto del expediente de gasto aprobado en el ejercicio, tales como los derivados de diferencias temporales en la aprobación de los índices de precios aplicables al contrato, se podrán hacer efectivos en la certificación final o en la liquidación del contrato (194).

Pues bien, respecto a la aplicación de las normas de revisión de precios a los contratos que celebren las entidades del Sector Público, hay que indicar que no son muchas las novedades introducidas por la LCSP que, en general, se dedica a extender el ámbito de aplicación subjetivo sin apenas modificar la regulación que, para una Administración Pública-Poder Adjudicador, realizaba el TRLCSP:

(193) Los de adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o así como los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica: Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del TFUE que se concluyan en el sector de la defensa: Los declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado, cuando la protección de los intereses esenciales de que se trate no pueda garantizarse mediante la aplicación de las normas que rigen los contratos sujetos a regulación armonizada en esta Ley: Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas: Aquellos que tengan por objeto cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: Los que tengan por objeto servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro e incluidos en los siguientes códigos CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9; 85143000-3, salvo los servicios de transporte en ambulancia de pacientes: Los que tengan por objeto servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro, así como las concesiones de servicios de transporte de viajeros, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo: Los contratos de concesión adjudicados para la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable, y para el suministro de agua potable a dichas redes.

(194) Véase la STSJ de Castilla y León de 21 de marzo de 2013.



– Añade los contratos de suministro de energía a los contratos de obra, de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, y aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a 5 años, a los que solamente es posible la revisión periódica y predeterminada de los precios.

Salvo en el contrato de suministro de energía, la revisión periódica y predeterminada de precios, cuando proceda, tendrá lugar cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe (195), salvo para el contrato de concesión de servicios, y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización (196). En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

En relación a lo señalado en el párrafo anterior, conviene comentar que respecto al contrato de obras se ha planteado la posible prescripción del derecho al abono de una revisión de precios incluida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en base a la ausencia de reclamación por parte del contratista en el momento de expedición de cada certificación de obras parcial. Dicho planteamiento resulta inadecuada (197) porque las certificaciones parciales tiene la naturaleza de pagos a cuenta (198).

– Mantiene que no se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

– Asimismo, mantiene la regulación en el supuesto de revisión por demora en la ejecución del contrato.

(195) Esta expresión hay que entenderla referida al «precio» del contrato, en los términos a que se refiere el Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.

(196) Véase Informe JCCA número 47/2006, de 11 de diciembre, sobre imposibilidad de aplicar a un contrato de obras de duración inferior pero cuya ejecución se prolonga por causas no imputables al contratista.

(197) SSAN de 25 de mayo de 2012 y de 30 de enero 2013.

(198) Las certificaciones parciales no son autónomas del contrato principal, por lo que no cabe interpretar que haya habido una aceptación de las mismas por el hecho de que no hayan sido impugnadas antes de la finalización y liquidación de la obra. En este sentido, la STS de 31 de enero de 2003, dictada en unificación de doctrina y que es sustancialmente coincidente con el criterio recogido en la STS de 26 de enero de 1998, insistía, en definitiva, en valorar, a los efectos del cómputo del plazo de prescripción, un solo contrato de obra, y en iniciar aquel cómputo, en todas las obligaciones parciales de ese único contrato, desde su liquidación definitiva.



7. DURACIÓN

El sistema previsto en la LCSP respecto al régimen de duración de los diferentes contratos, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

	DURACIÓN CONTRATO		EJECUCIÓN PRESTACIÓN
SUMINISTROS Y DE SERVICIOS	DE PRESTACIÓN SUCESIVA	5 AÑOS CON PRÓRROGAS	SE PODRÁ CONCEDER AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN
	SERVICIOS	> COSTE RELEVANTE	+ IMPOSICIÓN DE PENALIDADES
	ADQ. + MANTO	> VIDA ÚTIL	CONTRATOS ADMINISTRATIVOS = EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ARTÍCULOS 190 ss
	SS. A PERSONAS	> PERJUDICIAL	
	SS. COMPLEM. OTRO PPAL	> INICIO O LIQUIDACIÓN	
ARREND.MUEBLES	5 AÑOS CON PRÓRROGAS		
CONCESIONES 15% ADICIONAL (EQUIL. ECON. artículos 268 y 288)	> 5 AÑOS CON PRÓRROGAS	< 40 AÑOS (OBRA+EXPLOT. SERVICIO)	
		< 25 AÑOS (NO S. SANTS)	
		< 10 AÑOS (S. SANTS)	
MENORES	= <1 AÑO		
PRÓRROGAS (no tácita)	OBLIGATORIAS: PREAVISO > 2 m SALVO PCAPs		
	NO OBLIGATORIA RESOLUCIÓN DEMORA PAGO PRECIO > 6 m		
NUEVO CONTRATO	CAUSAS NO PREVISTAS	ANUNCIO 3 m MÁXIMO 9 m	

Gráfico número 6

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

El artículo 29 de la LCSP incorpora varias novedades respecto al anterior artículo 23 del TRLCSP, aunque mantiene la formulación general de que la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos.

Asimismo, mantiene en su artículo 35.1.g) la redacción del artículo 26.1.g) del TRLCSP en el sentido de que en los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se



encuentren recogidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, deberán incluir, necesariamente, la duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.

Dichas novedades se pueden explicitar en torno a las siguientes ideas:

1. Establece puntualmente plazos de duración de algunos contratos:

– La duración de los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante, y los contratos de arrendamiento de bienes muebles no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de cinco años.

En relación a los contratos de suministros, es preciso recordar que el artículo 168.c) 2.º de la LCSP, al igual que establecía el artículo 173.c) del TRLCSP, establece que no podrán tener, como regla general, una duración superior a tres años, cuando se utilice el procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad en caso de que se trate de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas.

– La de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, si la concesión sobrepasara el plazo de 5 años, no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de:

- 40 años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.

- 25 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

- 10 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.

No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que éstas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo



dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.

– Los contratos menores no podrán tener una duración superior a 1 año ni ser objeto de prórroga.

2. A continuación prevé que, en determinados casos, la duración de los contratos dependerá directamente de sus características específicas:

– Para los contratos de servicios:

- Cuando, excepcionalmente, lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato, calculado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera anti-económica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

- Coincidente con el plazo de duración el de la vida útil del producto adquirido, cuando se trate de un contrato de servicios de mantenimiento que se concierte conjuntamente con el de la compra del bien a mantener por razones de exclusividad de la empresa que suministró dicho bien.

- Cuando se trate de contratos de servicios relativos a los servicios a las personas, podrá celebrarse por un plazo superior a 5 años cuando fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente.

- Cuando los contratos de servicios sean complementarios de otros contratos principales de obras o de suministro, en cuyo caso tendrán el plazo de duración superior que, en ningún caso, excederá del plazo de duración del contrato principal, salvo en los contratos que comprendan trabajos relacionados con la liquidación del contrato principal, cuyo plazo final excederá al del mismo en el tiempo necesario para realizarlos. La iniciación de este tipo de contratos de servicios quedará en suspenso, salvo causa justificada derivada de su objeto y contenido, hasta que comience la ejecución del correspondiente contrato principal.

Ha de entenderse por contratos complementarios aquellos que tienen una relación de dependencia respecto de otro, el principal, y cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones a las que se refiera dicho contrato principal.



– Para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, que deberán respetar los plazos de duración a los que se acaba de hacer referencia, se prevé lo siguiente:

- La duración se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y, si la concesión sobrepasara los 5 años, no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones iniciales, calculado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, como las realizadas durante la vida de la concesión y un rendimiento sobre el capital invertido, y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

- Los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por 100 de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 268 y 288.

3. En relación a la prórroga de los contratos, aunque excluye como hacía el TRLCSP la producida por el consentimiento tácito de las partes (199), introduce las siguientes novedades:

– Establece la posibilidad de que los contratos de suministro y de servicios puedan prorrogarse cuando a su vencimiento no se hubiera formalizado el nuevo contrato como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación.

Dicha prórroga se extenderá hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de 9 meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de 3 meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

– No contempla, a diferencia de lo que se señalaba en el artículo 303 del TRLCSP para el contrato de servicios, que las prórrogas no puedan superar, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.

De acuerdo con lo señalado, bajo la vigencia de la LCSP se podrán celebrar contratos de servicios de 1 año de duración e ir suscribiendo prórrogas sucesivas de 1 año cada una de ellas hasta alcanzar el plazo máxi-

(199) Véase Informes JCCA números 50/2004, 55/2004, y 57/2004, de 8 de julio, entre otros.



mo de 5, siempre con respeto a las condiciones y límites establecidos en las normas presupuestarias aplicables a la entidad contratante (200).

– Mantiene, respecto de lo previsto en el artículo 23 del TRLCSP, que el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas, pero añade que ello será así sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la LCSP.

– En cuanto a la obligatoriedad de la prórroga acordada por el órgano de contratación, a diferencia de lo que se regulaba en el mencionado artículo 23 del TRLCSP que lo vinculaba a que el contrato expresamente previera lo contrario, ahora la LCSP establece que para ello es necesario que medie un preaviso con al menos 2 meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de dicha obligación, lógicamente, los contratos cuya duración fuera inferior a dicho plazo.

Además, dispone que la prórroga del contrato no será obligatoria para el contratista en los casos en que en el contrato se dé la causa de resolución establecida en el artículo 198.6 de la LCSP por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de 6 meses.

4. En el seno de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición, la duración del mismo dependerá de la duración específica de cada tipo de contrato basado siempre que éstos se hayan perfeccionado antes de la fecha de expiración del propio acuerdo o sistema dinámico.

8. CÓMPUTO DE PLAZOS

A. Medios de comunicación utilizables

Sobre este particular la LCSP efectúa una regulación continuista respecto del TRLSP en relación al uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos, mientras que en lo que se refiere a los medios de comunicación utilizables efectúa una amplia modificación en su disposición adicional decimoquinta.

(200) Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la LCSP.

Desde el primer punto de vista, se insiste en las siguientes normas en el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos:

1. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación.

La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas, solicitudes de participación, así como de los planos y proyectos en los concursos de proyectos, incluido el cifrado y la validación de la fecha, deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación.

Los programas y aplicaciones necesarios para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación.

No obstante, el apartado 6 de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP dispone que cuando sea necesario, los órganos de contratación podrán exigir la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, a condición de que ofrezcan los siguientes medios de acceso alternativos:

– Cuando ofrezcan gratuitamente un acceso completo y directo por medios electrónicos a dichas herramientas y dispositivos a partir de la fecha de publicación del anuncio correspondiente o a partir de la fecha de envío de la invitación, en su caso. El texto del anuncio o de la invitación especificará la dirección de Internet en la que puede accederse a dichas herramientas y dispositivos.

– Cuando garanticen que los licitadores que no tienen acceso a las herramientas y dispositivos de que se trate, o que no tienen la posibilidad de obtenerlos en el plazo fijado, siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al licitador en cuestión, pueden tener acceso al procedimiento de contratación utilizando mecanismos de acceso provisionales disponibles gratuitamente en línea.

– Cuando admitan un canal alternativo para la presentación electrónica de ofertas.

2. Los sistemas de comunicaciones y para el intercambio y almacenamiento de información deberán poder garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos y que solo los órganos competentes, en la fecha señalada para



ello, puedan tener acceso a los mismos, o que en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. Estos sistemas deberán asimismo ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad (201) e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos.

3. Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones y notificaciones entre el órgano de contratación y el licitador o contratista deberán poder acreditar la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado, la integridad de su contenido y la identidad del remitente de la misma.

4. Los órganos de contratación deberán especificar el nivel de seguridad exigido para los medios de comunicación electrónicos utilizados en las diferentes fases de cada procedimiento de contratación que deberá ser proporcional a los riesgos asociados a los intercambios de información a realizar.

5. La presentación de documentos escritos no obstará a la presentación de los mismos por medios electrónicos ni, en su caso, a la generación de soportes físicos electrónicos y su posterior presentación.

6. En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada.

Se entiende por huella electrónica de la oferta el conjunto de datos cuyo proceso de generación garantiza que se relacionan de manera inequívoca con el contenido de la oferta propiamente dicha, y que permiten detectar posibles alteraciones del contenido de ésta garantizando su integridad. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, deberán cumplir con lo establecido a tal efecto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, surtiendo los efectos establecidos en la misma.

7. Los licitadores o candidatos que presenten sus documentos de forma electrónica podrán presentar al órgano de contratación, en soporte

(201) Véase Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.



físico electrónico, una copia de seguridad siempre de acuerdo con lo establecido a tal efecto por el órgano de contratación.

8. Los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de contratación, los órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos, los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

9. Como requisito para la tramitación de procedimientos de adjudicación de contratos por medios electrónicos, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la previa inscripción en el Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas.

Cuando a la licitación se presenten empresarios extranjeros de un Estado Miembro de la Unión Europea o signatario del Espacio Económico Europeo, la acreditación de su capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar se podrá realizar bien mediante consulta en la correspondiente lista oficial de empresarios autorizados para contratar establecida por un Estado Miembro de la Unión Europea, o bien mediante la aportación de la documentación acreditativa de los citados extremos, que deberá presentar, en este último caso, en el plazo concedido para la presentación de la garantía definitiva.

Por lo que se refiere a los medios de comunicación utilizables, la disposición adicional decimoquinta de la LCSP (202) introduce las siguientes novedades:

1. En general, en la tramitación de los procedimientos de adjudicación la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos se realizará por medios exclusivamente electrónicos.

No obstante, podrá utilizarse la comunicación oral para comunicaciones distintas a los pliegos de la contratación, a las solicitudes de participación y a las ofertas, que se consideran elementos esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de esta comunicación quede suficientemente documentado, particularmente si se refieren al contenido y a la evaluación de las ofertas, a través de medios tales como archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación.

(202) Expediente de la JCCPE número 1/2018, sobre diversas cuestiones relacionadas con las notificaciones electrónicas.



2. Las notificaciones se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada (203) o mediante comparecencia electrónica (204).

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

No obstante lo anterior, el requisito de publicidad en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial por los órganos competentes para su resolución computando los plazos desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica.

3. La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos, salvo que concurran diversas circunstancias que impidieren que las herramientas y dispositivos que debieran utilizarse no estuvieran disponibles de forma general y fueran in-

(203) Asociado a la Dirección Electrónica Habilitada, su titular dispondrá de un buzón electrónico en el que recibirá las notificaciones electrónicas correspondientes a aquellos procedimientos a los que voluntariamente decida suscribirse. En el caso de que de la práctica de la notificación sea obligatoria se podrá asignar de oficio una dirección electrónica habilitada. Este servicio cumple con las máximas garantías de confidencialidad, autenticidad y privacidad con el fin de asegurar la identidad de los participantes y de las comunicaciones. Para utilizar este servicio, el interesado deberá disponer de un *Certificado Digital estándar X.509* emitido a su nombre o de la empresa que representa. La longitud de la clave de dicho Certificado Digital será de 1024/2048 bits para la firma con certificados digitales. En la pág. Web siguiente se señalan los organismos públicos emisores: https://notificaciones.060.es/PCPublic_publicInfo.action.

(204) <https://serviciostelematicos.minhap.gob.es/portalnorte/Inicio.aspx?lang=es-ES>

El Artículo 38 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, exige que el sistema debe:

- Acreditar la fecha y hora en que se produce la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación;
- Posibilitar el acceso permanente de los interesados a la dirección electrónica correspondiente, a través de una sede electrónica o de cualquier otro modo;
- Acreditar la fecha y hora de acceso a su contenido;
- Poseer mecanismos de autenticación para garantizar la exclusividad de su uso y la identidad del usuario.

Para que se produzcan los efectos de la notificación por comparecencia electrónica, se requerirá que se reúnan los requisitos establecidos en el artículo 43 de la LPACAP, y que el interesado visualice un aviso, previo a la notificación de la actuación administrativa, y que el sistema de información correspondiente deje constancia del acceso, con indicación de fecha y hora, y del carácter de notificación de la actuación administrativa que tendrá dicho acceso (a modo de ejemplo, el Ministerio de Hacienda y Función Pública en colaboración con la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, que permite a ciudadanos y empresas recibir, en un único buzón, las notificaciones administrativas que tradicionalmente recibían en papel. Forma parte de la plataforma Notific@, declarada servicio compartido por la Comisión de Estrategia TIC para la concentración de las notificaciones de la Administración. El Acceso al servicio se efectúa a través de: <http://notificaciones.060.es>.

<http://www.cert.fnmt.es/catalogo-de-servicios/notificaciones-electronicas>).



compatibles con los productos informáticos de uso general (carácter especializado de la contratación; aplicaciones que soportan formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas que utilizan formatos de archivo que no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles o están sujetas a un régimen de licencias de uso privativo y el órgano de contratación no pueda ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia; utilización de medios electrónicos que requiera equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los órganos de contratación; los pliegos de la contratación requieran la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden ser transmitidos utilizando medios electrónicos; contratos públicos de obras, de concesión de obras, de servicios y concursos de proyectos, y en contratos mixtos que combinen elementos de los mismos, cuando el uso de herramientas electrónicas específicas no estén generalmente disponibles para los operadores económicos).

En este tipo de intercambios de información para los que no se utilicen medios electrónicos, el envío de información se realizará por correo o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo o de cualquier otro medio apropiado y de medios electrónicos.

Los órganos de contratación tampoco estarán obligados a exigir medios electrónicos en el proceso de presentación de ofertas cuando el uso de medios no electrónicos sea necesario bien por una violación de la seguridad de los antedichos medios electrónicos o para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos

En estos casos, los órganos de contratación indicarán en un informe específico las razones por las que se haya considerado necesario utilizar medios distintos de los electrónicos.

4. Los órganos de contratación y los servicios dependientes de los mismos velarán por que en todas las comunicaciones, intercambios de información y operaciones de almacenamiento y custodia de información se preserven la integridad de los datos y la confidencialidad de las ofertas (205) y las solicitudes de participación. Además, deberán garantizar que el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación no será conocido hasta después de finalizado el plazo para su presentación y hasta el momento fijado para su apertura.

(205) Véase Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.



B. Reglas generales de cómputo

Respecto al cómputo de plazos por días, la LCSP en su disposición adicional duodécima reitera lo que se señalaba en la misma disposición del TRLCSP que establecía que los plazos establecidos por días se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

La razón de ser de esta regla general, diferente a la contenida en el artículo 30 de la LPACAP, radica en que la vocación de los procedimientos de contratación se encuentra abierta a licitadores de terceros países y para éstos resulta necesario uniformizar los plazos haciendo referencia a su cómputo en días naturales, sin tener en consideración los días hábiles o inhábiles en cada país, salvo las excepciones que se contemplen en la propia norma.

Cuando el cómputo haya de realizarse por meses o años, su cómputo se realizará de fecha a fecha, en aplicación de lo previsto en el artículo 5 del Código Civil al que se remite el artículo 185.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en relación con lo señalado en los artículos 25.2 y 26.2, 3 y 4 de la LCSP que establecen la aplicación supletoria de las normativas administrativa y privada. Para ello se ha de tener en cuenta que si bien el cómputo se inicia al día siguiente, sin embargo concluirá el día correlativo al del día de la notificación del mes que corresponda (206). Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes (207).

C. Caso del último día de presentación de proposiciones o solicitudes de participación

De acuerdo con lo señalado con anterioridad, hay que distinguir entre que las mismas se presentaran o no por medios electrónicos.

En caso de ser así, como ya se ha señalado, el envío podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con

(206) En este sentido, la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en SSTs de 4 de abril de 1998, 13 de febrero de 1999, 3 de junio de 1999, 4 de julio de 2001, 9 de octubre de 2001, y 27 de marzo de 2003. Por ejemplo, si se notifica el acto de adjudicación el 22 de enero y se establece el plazo de un mes para poder interponer un recurso de reposición, el cómputo empieza el 23 pero finaliza a las veinticuatro horas del 22 de marzo. La STC de 16 de diciembre de 2013 confirmó esta doctrina del Tribunal Supremo.

(207) Artículo 30.5 de la LPACAP.



cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada.

Los licitadores o candidatos que presenten sus documentos de forma electrónica podrán presentar al órgano de contratación, en soporte físico electrónico, una copia de seguridad siempre de acuerdo con lo establecido a tal efecto por el órgano de contratación.

En el caso de que, de acuerdo con el informe específico que ha de motivar el órgano de contratación, no pudieran presentarse por medios electrónicos, bien porque las herramientas y dispositivos que debieran utilizarse no estuvieran disponibles de forma general y fueran incompatibles con los productos informáticos de uso general, bien porque aconteciera una violación de la seguridad de dichos medios electrónicos o bien porque fuera necesario para proteger información especialmente delicada que requiera un nivel tan alto de protección que no se pueda garantizar adecuadamente utilizando dispositivos y herramientas electrónicos de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos, el envío se realizará por correo o por cualquier otro medio apropiado o mediante una combinación de correo o de cualquier otro medio apropiado.

Respecto a este segundo supuesto, es preciso recordar la doctrina de la JCCA en relación a dicha materia:

1. En un primer momento, se decantaba por una postura, a juicio del autor de esta obra, más que razonable pues entendía que, al amparo del Reglamento Comunitario número 1182/1971, de 3 junio, sobre normas aplicables a los plazos, fechas y términos (208), que señala que «*el plazo expresado en días comenzará a correr al comienzo de la primera hora del primer día y concluirá al finalizar la última hora del último día del plazo*», se decantaba por admitir las proposiciones o solicitudes de participación presentadas durante las 24 horas del día señalado (209).

Con posterioridad matizó que «*La presentación de proposiciones económicas cuando se utiliza el sistema de envío por correo, puede realizarse a cualquier hora del último día del plazo, a diferencia del sistema de presentación en oficinas y dependencias de la Adminis-*

(208) DOL número 124, de 8 de junio.

(209) Informe JCCA número 25/1989, de 18 de diciembre.



tración fijadas en el anuncio, que solo podrá tener lugar en el horario en que esté abierto el registro» (210).

2. Fue el año 2007 cuando, a juicio de los autores de esta obra, la JCCA se replanteó la cuestión sobre una base ficticia pues la solución alumbrada no había planteado ningún problema, entre otras cosas, porque apostaba por dar la máxima concurrencia y transparencia al proceso de contratación. A partir de dicho momento, la doctrina varía al entender que se debería inadmitir una oferta que hubiese sido presentada el último día pero fuera del marco horario planteado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (211). Hasta tal punto fue el desconcierto producido por el cambio de criterio que la propia JCCA tuvo que emitir un nuevo informe (212) a la vista de la aparente contradicción existente entre ambas doctrinas (213).

A juicio de los autores de esta obra, lo más prudente sería que el órgano de contratación articulara alguna de las siguientes medidas a través de la cual se equipararan los efectos de la presentación de las ofertas y solicitudes de participación fuere cual fuera el medio empleado para la misma. A tal fin, se propone que se incluyera una cláusula en los pliegos en la que, aparte de señalar si resulta procedente la presentación por medios electrónicos, se indicase que, para el caso de que no fuera así, la misma podría efectuarse, a tenor de lo previsto en la LCSP en relación con el artículo 80.2, 3 y 4 del RGTRLCAP que se mantiene vigente en cuanto no se opone a su contenido, a través de los siguientes medios:

– De forma presencial:

- En la sede del órgano de contratación en el horario fijado al efecto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación.
- En los diferentes registros públicos administrativos a lo largo del último día.

– Vía correo postal, siempre que el licitador no solamente acreditase la fecha de imposición del envío sino que anunciara al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día. Aún con la concurrencia de ambos requisitos, si hubiesen transcurrido diez días siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la documentación, ésta no será admitida en ningún caso.

(210) Informe JCCA número 38/1999, de 12 de noviembre.

(211) Informe JCCA número 61/2007, de 24 de enero de 2008.

(212) Informe 23/2009, de 25 de septiembre, en «*Consulta sobre plazo de presentación de proposiciones enviadas por correo*».

(213) Véanse Informes JCCA números 38/1999 y el 61/2007, citados en las dos notas anteriores.



9. PRINCIPIOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS LICITADORES

Los principios generales recogidos en la LCSP mantienen los que ya se recogían en el TRLCSP con las siguientes novedades en su formulación:

1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y documentación que rigen la licitación y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. Ahora, el inciso final del artículo 139.1 añade que dicha presentación conllevará la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

En relación a dicho asunto la LCSP ha venido a solucionar un problema que se planteaba con cierta frecuencia cuando, en sede de recurso especial en materia de contratación, los órganos de contratación solían argumentar que los recurrentes incurrieran en «*falta de congruencia*» porque habían presentado oferta en una licitación cuyas bases impugnan. Esta interpretación, sin embargo, resulta restrictiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española. En efecto, cualquier persona interesada en una licitación debe poder participar en ella aún cuando el contenido de las cláusulas y prescripciones de los pliegos que la rigen le planteen dudas desde el punto de vista legal. De admitir otra cuestión se estaría limitando de forma efectiva el derecho antes mencionado, o, en el caso contrario, el derecho a participar en las licitaciones que se convoquen, de todos aquellos que reúnan los requisitos de aptitud previstos en la Ley. En realidad, el citado precepto de la LCSP produce su efecto respecto de los pliegos que han adquirido firmeza por no haber sido recurridos en plazo o en el caso de haberlo sido, por haber sido desestimado el recurso. Nada obsta, sin embargo, a que quien los impugna pueda concurrir a la licitación para evitar que, en caso de que su recurso no prospere, quede privado de la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (214).

En esta línea la LCSP, en su artículo 50.1.b) último párrafo, intenta aclarar el asunto señalando que, con carácter general, no se admitirá el recurso especial en materia de contratación contra los pliegos y documen-

(214) Véase Resolución del TACRC número 158/2012, de 30 de julio.



tos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.

2. Cada licitador (215) no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de la admisibilidad de variantes (216) y de la presentación de nuevos precios en una subasta electrónica (217).

En relación a la admisibilidad de variantes, el artículo 142 de la LCSP incorpora las siguientes novedades respecto de lo que establecía el artículo 147 del TRLCSP:

– Se considera que se cumple con el requisito de que las variantes estén previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

– En relación a lo señalado en el párrafo anterior, las precisiones podrán hacer referencia a determinadas funcionalidades que puedan tener los bienes, obras o servicios objeto del contrato (218), o a la satisfacción adecuada de determinadas necesidades.

3. En el artículo 139.3 de la LCSP mantiene la redacción dada por el artículo 145.3 del TRLCSP en el sentido de que no se podrá suscribir ninguna propuesta formando parte de una UTE si el licitador lo ha hecho individualmente, ni se podrá figurar formando parte de más de una UTE ya que ello dará lugar a su inadmisión.

4. A tenor del artículo 139.2 de la LCSP también se mantiene básicamente el contenido del artículo 145.2 del TRLCSP si bien matiza, por razones de seguridad jurídica, que las proposiciones deberán permanecer secretas no ya hasta la «licitación pública» sino hasta la «apertura de las proposiciones», sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un procedimiento de asociación para la innovación (arts. 145, 175 y 179).

Este deber de confidencialidad abarca a todas las entidades contratantes del Sector Público, ya que el artículo 321 de la LCSP señala expresamente que las que no tengan la consideración de Poder Adjudicador apro-

(215) Véase Informe JCCA número 48/2011, de 1 de marzo de 2012, en relación con la posibilidad de que a una licitación se pudieran presentar proposiciones diferentes de dos Sociedades Limitadas que, aunque tienen Códigos de Identificación Fiscales diferentes, cuentan con la misma persona física como Administrador Único.

(216) Véase Informe JCCA número 53/2007, de 24 de enero de 2008, para el caso de que dos empresas distintas pero con los mismos socios que presenten proposiciones.

(217) Artículo 143.1 de la LCSP.

(218) Véase Resolución del TACRC número 422/2016, de 27 de mayo, en la que se señala que es posible admitir como mejora la oferta de horas gratuitas en un contrato de servicio.



barán unas instrucciones (219) en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad, entre otros, del principio de confidencialidad. Por ello, se hace presente en todas las comunicaciones, intercambios de información y operaciones de almacenamiento y custodia de información [disposiciones adicionales decimoquinta. 5 y decimosexta.1.d)].

En la nueva configuración que se efectúa en la LCSP respecto al recurso especial en materia de contratación, también se observa la mencionada obligación respecto al órgano competente para su conocimiento, tanto en el momento de acceso al expediente de forma previa a la interposición del recurso especial (art. 52.1), como en relación a la tramitación del expediente (art. 56.1).

Sin embargo, es en el Libro Segundo, en el que se regulan los contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador, en el que se realiza una ordenación más completa de dicho principio (220):

– En el artículo 133, aún respetando parte de la redacción que se efectuaba en el artículo 140 del TRLCSP, introduce estas novedades:

- Circunscribe la manifestación del empresario, en torno a determinar la confidencialidad de cierta información, al momento de presentar su oferta.

- Adiciona a los casos en que la confidencialidad afecte a secretos técnicos o comerciales (221) y a aspectos confidenciales de las ofertas, los supuestos en los que el contenido de cualesquiera otras informaciones pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

- El deber de confidencialidad no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni a todo el contenido de los informes y documentación que, en su caso, genere directa o indirectamente el órgano de contratación en el curso del procedimiento de licitación (222). Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles.

(219) Disposición transitoria quinta. Instrucciones internas de contratación.

Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 317 y 321 319 en el plazo máximo de 4 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.

(220) Véase Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.

(221) Véase Resolución del TACRC número 47/2013, de 30 de enero.

(222) Véase Resolución del TACRC número 62/2012, de 29 de febrero.



- El deber de confidencialidad tampoco podrá impedir la divulgación pública de partes no confidenciales de los contratos celebrados, tales como, en su caso, la liquidación, los plazos finales de ejecución de la obra, las empresas con las que se ha contratado y subcontratado, y, en todo caso, las partes esenciales de la oferta y las modificaciones posteriores del contrato, respetando en todo caso lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

- Este deber también puede afectar al contratista. En el artículo 140 del TRLCSP ya se contemplaba esta posibilidad estableciendo que se mantendrá durante un plazo de 5 años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos de cláusulas administrativas particulares o el contrato establezcan un plazo mayor. Ahora, en el inciso final del artículo 137.2 de la LCSP, se añade que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo.

- En el artículo 138.2 de la LCSP se señala que, a diferencia de los que se disponía en el artículo 158 del TRLCSP, el acceso no electrónico a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y demás documentación complementaria de la licitación estará justificado, entre otros supuestos, por razones de confidencialidad, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 133.

- En los procedimientos con negociación, la LCSP dispone respecto al deber de confidencialidad lo siguiente:

- Las mesas de contratación y los órganos de contratación cumplirán con su obligación de confidencialidad en los términos establecidos en esta Ley, por lo que no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador sin el previo consentimiento de éste. Este consentimiento no podrá tener carácter general, sino que deberá especificar a qué información se refiere (art. 169.7).

- A petición del licitador que haya presentado una oferta admisible, la mesa de contratación, o en su defecto, los servicios dependientes del órgano de contratación, comunicará lo antes posible y en todo caso dentro de los 15 días siguientes al de recepción de la solicitud por escrito de aquel, el desarrollo de las negociaciones.

No obstante lo anterior, podrán no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación del contrato, a la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada empresa, pública o privada, o perjudicar la competencia leal entre empresarios (art. 171 en relación con el art. 155).



10. LA PARTE CONTRATANTE

A. Órgano de contratación

a) CONCEPTO

Se trata de un concepto que se ha relacionado tradicionalmente con la competencia que en materia de contratación posee una Administración Pública-Poder Adjudicador. Ahora, en la LCSP se utiliza el término «órganos competentes» (art. 321) pero también el de órganos de contratación (por ejemplo en el art. 324.1) para describir a los órganos con competencia para celebrar contratos por cuenta de una no Administración Pública-Poder Adjudicador y de un no Poder Adjudicador.

Sea como fuere, la cuestión está fuera de toda duda ya que se encuentra regulada en el Libro Primero de la LCSP que se refiere a la «*Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos*». Por tanto, se trata de un concepto que perfectamente puede ser atribuido al órgano de cualquier entidad del Sector Público con competencia en materia contractual, bien desarrolle contratos administrativos o privados.

b) TIPOLOGÍA

Desde el punto de vista de su composición, el órgano de contratación podrá ser unipersonal o colegiado, en función de la norma legal o reglamentaria o de la disposición estatutaria que atribuya la representación para la celebración de los contratos (223).

Desde el punto de vista del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, cabe distinguir:

1. Administración Pública-Poder Adjudicador:

Reconoce en el artículo 323 unos órganos de contratación con «*competencia originaria*» (ministros, secretarios de estado (224) y juntas de contratación en los departamentos ministeriales, presidentes o directores de los organismos autónomos (225), y directores generales de las distin-

(223) Artículo 61 de la LCSP.

(224) Artículo 62.2.e) de la LRJSP.

(225) Disposición transitoria segunda de la LCSP. Determinación de cuantías por los departamentos ministeriales respecto de las entidades que tengan la consideración de poder adjudicador y que estén adscritos a los primeros, dispone que «*Hasta el momento en que los Secretarios de Estado, o en su defecto, los titulares de los departamentos ministeriales fijen la cuantía para la autorización establecida en el apartado 5 del artículo 321 será de aplicación la cantidad, calculada de conformidad con el artículo 101, de 900.000 euros*».

tas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social), y establece que por vía reglamentaria determinados órganos u organismos podrán asumir competencias en materia de contratación a través de las figuras de la desconcentración (226) o de la delegación, en cuyo supuesto se trataría de una «*competencia derivativa*» (227).

2. No Administración Pública-Poder Adjudicador:

En este caso los presidentes o directores de dichas entidades serán los órganos de contratación, a falta de disposición específica recogida en las correspondientes normas de creación o reguladoras del funcionamiento de dichas entidades. En este caso, también se podrán desconcentrar o delegar tales competencias a través del otorgamiento de los correspondientes poderes notariales (228).

3. En el supuesto de contratos celebrados por entidades del Sector Público que no son poderes adjudicadores, se establece que la capacidad para contratar de sus representantes se regirá por lo dispuesto en sus estatutos y por las normas de Derecho Privado que resulten de aplicación (229). Al igual que lo señalado en el párrafo anterior, se podrán desconcentrar o delegar dichas competencias siempre que se establezca así en el respectivo apoderamiento (230).

B. Perfil de Contratante y Plataforma de Contratación del Sector Público

a) CONCEPTO

A diferencia de lo que ocurría en el TRLCAP, en el que no estaba prevista la publicación de ninguno de los extremos relativos a la Contratación Pública en Internet, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, primero y luego el TRLCSP regularon el perfil de contratante del órgano de contratación y lo hicieron extensivo a todos los entes, organismos y entidades contratantes del Sector Público, es decir, tanto

Respecto de esta competencia se considera que dentro de dicho importe se encontrarán incluidos los impuestos indirectos que puedan gravar la operación (véase Informe JCCA número 64/2008, de 31 de marzo de 2009). Dicho importe actúa como medida de control del gasto ejercida desde la titularidad del departamento ministerial a que pertenecen y, por ello, no podrá superarse, salvo que medie autorización, tanto si celebra el contrato como si participa del celebrado por otro organismo, típico caso de que se adhiera al sistema de contratación centralizada (véase el Informe JCCA número 73/2009, de 23 de julio de 2010).

(226) Artículo 325 de la LCSP.

(227) Artículo 61.2 de la LCSP.

(228) Artículo 61.2 de la LCSP.

(229) Artículo 323.6 de la LCSP.

(230) Artículo 61.2 de la LCSP.



para los poderes adjudicadores del artículo 3.3 como para los que no tenían la consideración de poder adjudicador.

Ahora la LCSP efectúa una importante modificación de esta figura contractual, ampliando su contenido, de modo que se cerrara, al menos en parte, la brecha informativa (231) que existía entre las obligaciones que venían impuestas por el TRLCSP y por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en lo sucesivo, LTAIP) (232), y llegando incluso a constituirla, en determinados casos, en desencadenante de la invalidez del propio contrato (233).

El perfil de contratante, en palabras del artículo 63 de la LCSP que repite el tenor literal del artículo 53 del TRLCSP, es un elemento que agrupa la información y documentos relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los órganos de

(231) Desde dicho punto de vista, aunque en materia de contratos públicos, como en otras materias, ya existía alguna obligación de publicidad activa sin embargo ahora se entiende que la misma ha de verse potenciada en materia de información institucional, jurídica y de relevancia económica, presupuestaria y estadística, así como con la necesaria publicación de toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de una solicitud de acceso, de modo que las obligaciones de transparencia se cohonesten con los intereses de la ciudadanía, previendo la creación y desarrollo de un Portal de la Transparencia. A tal fin, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en lo sucesivo, LTAIP), señala que deberán publicar, en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web la siguiente información que se integrarán en el Portal de Transparencia, con independencia de que deban seguir publicando en el correspondiente perfil de contratante la que viniera impuesta por la LCSP, la siguiente información:

1. La que sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública, sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad y siempre que se respeten los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15.
2. La relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación así como a su estructura organizativa.
3. La de relevancia jurídica en los términos previstos en el artículo 7 de la LTAIP.
4. Dentro de la información económica, presupuestaria y estadística, la relativa a todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato.
5. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

(232) Se considera que, aproximadamente 70 países cuentan con leyes de transparencia y/o acceso a la información. Entre ellos, desde luego, no puede contarse a España. La primera ley de acceso a la información es seguramente la *Freedom of the Press Act* aprobada en Suecia en 1766, que permitió la publicación de documentos del gobierno y el acceso público a los mismos. Sin embargo, hubo que esperar casi dos siglos para encontrar leyes semejantes en otros países. En 1951, Finlandia aprueba una ley de acceso a la información, y en 1966, Estados Unidos, la conocida *Freedom of Information Act*, una de las leyes más generosas en la implantación del principio de transparencia. Artículo 8.1 de la LTAIP.

(233) Artículo 39.2.c) de la LCSP que sanciona con nulidad de pleno derecho «c) *La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135».*



contratación, sin perjuicio de que se puedan utilizar otros medios de publicidad adicionales en los casos en que así se establezca. El sistema informático que lo soporte deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

Junto a la figura del perfil de contratante existe la Plataforma de Contratación del Sector Público con una finalidad diferente a la de aquel (234). El artículo 347.1 y 2 de la LCSP dispone que a través de la misma la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita la difusión a través de Internet de sus perfiles de contratante, que deberán alojarse de manera obligatoria en ella, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos.

De acuerdo con lo indicado, resulta obligado que el órgano de contratación disponga de su propio perfil de contratante y que éste se encuentre alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En consecuencia, debe existir un perfil del contratante para cada órgano de contratación sin que pueda admitirse que exista un perfil de contratante en que se haga pública la información sobre los contratos de diversos órganos de contratación englobados en una estructura administrativa superior, por ejemplo, un departamento ministerial (235).

b) PERFIL DE CONTRATANTE

El citado artículo 63 de la LCSP introduce respecto del artículo 53 del TRLCSP las siguientes novedades:

1. El acceso a la información del perfil de contratante será libre, no requiriendo identificación previa. No obstante, podrá requerirse ésta para el acceso a servicios personalizados asociados al contenido del perfil de contratante tales como suscripciones, envío de alertas, comunicaciones electrónicas y envío de ofertas, entre otras. Toda la información contenida en los perfiles de contratante se publicará en formatos abiertos y reutilizables, y permanecerá accesible al público durante un periodo de tiempo

(234) La disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, establece que «En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público».

(235) Véase Informe JCCA número 72/2008, de 31 de marzo de 2009.



no inferior a cinco años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información.

Podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato, previa justificación en el expediente, porque la divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra c) del apartado 2 del artículo 19 (236).

2. Como información general para relacionarse con el órgano de contratación, además de puntos de contacto, números de teléfono y particular que ya se contemplaba en el artículo 53 del TRLCSP, el número de fax, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas (237) de contratación y modelos de documentos.

3. Como información particular relativa a los contratos que celebre, ya no hace una enumeración meramente orientativa como se recogía en el artículo 53 del TRLCSP (238), sino de mínimos e imperativa en relación a los siguientes aspectos:

- Memoria justificativa del contrato.
- Informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios.
- Justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido.
- Pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso.
- Documento de aprobación del expediente.
- Objeto detallado del contrato.
- Duración.
- Presupuesto base de licitación y el importe de adjudicación, incluido el IVA.

(236) Artículo 154.7 de la LCSP.

(237) Disposición transitoria quinta. Instrucciones internas de contratación.

Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 317 y 321 319 en el plazo máximo de 4 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.

(238) «Tales como los anuncios de información previa contemplados en el artículo 141, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados.»



- Anuncios de (239):
 - Información previa.
 - Convocatoria de las licitaciones.
 - Adjudicación (240).
 - Formalización: Respecto de ésta, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 154.7 de la LCSP que en sus dos últimos párrafos señala lo siguiente:

En todo caso, previamente a la decisión de no publicar unos determinados datos, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la LTAIP, que será evacuado en un plazo máximo de 10 días, en el que se aprecie si el derecho de acceso a la información pública prevalece o no frente a los bienes que se pretenden salvaguardar con su no publicación, que será evacuado en un plazo máximo de 10 días. No obstante, no se requerirá tal informe en caso de que con anterioridad se hubiese efectuado por el órgano de contratación consulta sobre una materia idéntica o análoga, sin perjuicio de la justificación debida de su exclusión en el expediente porque su divulgación puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, porque se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o porque lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en la letra *c*) del apartado 2 del artículo 19 de la LCSP.

- Modificación y su justificación.
- Concursos de proyectos y de resultados de concursos de proyectos, con las excepciones establecidas en las normas de los negociados sin publicidad.
 - Medios a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato y los enlaces a esas publicaciones.
 - Número e identidad de los licitadores participantes en el procedimiento.

(239) En este apartado, a juicio de los autores de esta obra, cabría entender subsumidas las obligaciones recogidas en el TRLCSP en relación a la celebración de un acuerdo marco (art. 197.2), a la publicación de un anuncio de licitación de un sistema dinámico de contratación [art. 200.2.a)], del anuncio de licitación de cada contrato específico (arts. 202 en relación al 142.1 y 4), y de cada formalización (arts. 202.5 en relación al 154).

(240) Véase Resolución del TACRC número 20/2010, de 1 de diciembre, sobre la no suplantación a la obligación de notificación a los candidatos o licitadores que pende sobre los órganos de contratación.



- Actas de la mesa de contratación relativas al procedimiento de adjudicación o, en el caso de no actuar la mesa, las resoluciones del servicio u órgano de contratación correspondiente.
- Informe de valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante un juicio de valor de cada una de las ofertas, en su caso.
- Informes sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad a que se refiere el artículo 149.4, en su caso.
- Resolución de adjudicación del contrato.
- Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato.
- Desistimiento del procedimiento de adjudicación.
- Declaración de desierto.
- Interposición de recursos y la eventual suspensión de los contratos con motivo de la interposición de recursos.
- Procedimientos anulados (241).
- Composición de las mesas de contratación que asistan a los órganos de contratación, con indicación del cargo de cada miembro.
- Designación de los miembros del comité de expertos o de los organismos técnicos especializados para la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor en los procedimientos en los que sean necesarios, con indicación del cargo de cada uno de ellos.

Además de los extremos ya señalados, que se recogen en el mencionado artículo 63 de la LCSP, el artículo 8.1 de la LTAIP contempla los siguientes que asimismo han de ser publicitados a través del perfil de contratante del órgano de contratación:

- Los relativos a otros instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato.
- Los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la LCSP.

Por último, es preciso recordar que, a tenor de lo previsto en el artículo 321.1 párrafo segundo de la LCSP, serán publicadas en el perfil de contratante de las entidades que no sean poderes adjudicadores las instrucciones internas (242) en las que regulen los procedimientos de con-

(241) En este apartado, a juicio de los autores de esta obra, cabría entender subsumida la obligación que se recogía en el artículo 38.2 del TRLCSP cuando la resolución por la que se acuerde el mantenimiento de los efectos del contrato en el caso de que concurra causa de nulidad si, atendiendo las circunstancias excepcionales que concurran, considera que existen razones imperiosas de interés general que lo exijan.

(242) Disposición transitoria quinta. Instrucciones internas de contratación. Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 317 y 321 319 en el plazo máximo de 4 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.



tratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.

4. La publicación de la información particular relativa a los contratos menores deberá realizarse, al menos, trimestralmente que comprenderá, al menos, la siguiente información:

- Objeto.
- Duración.
- Importe de adjudicación, incluido el IVA.
- Identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Quedan exceptuados de esta publicación los contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores.

5. Como información particular de la formalización de los encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido.

6. Como información particular a publicar, al menos, trimestralmente relativa a los encargos a medios propios de importe superior a 5.000 euros:

- Objeto.
- Duración.
- Tarifas aplicables.
- Identidad del medio propio destinatario del encargo, ordenándose los encargos por la identidad del medio propio.

c) PLATAFORMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

El artículo 347 de la LCSP solamente conserva, respecto de la regulación que se hacía en el artículo 334 del TRLCSP, las referencias genéricas a que, a través de su portal único, se pone a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita la difusión a través de Internet (243).

(243) Por Orden EHA/1220/2008, de 30 de abril, se aprueban las instrucciones para operar en la Plataforma del Estado, en la que se establecen las características de dicha plataforma, basada en el Perfil de Comprador de Directiva 2004/18/CEE, como el espacio virtual de contacto entre los órganos de contratación del Sector Público y los interesados, y cuya alta se establece como



Salvada esta consideración general, el mencionado artículo 347 introduce las siguientes novedades:

1. Se confía a la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

2. Los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma (244). En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

3. La información se publicará en estándares abiertos y reutilizables.

4. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán establecer servicios de información similares a la Plataforma de Contratación del Sector Público (245) o alojar sus perfiles de contratante directamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público previa suscripción del correspondiente convenio con el Ministerio de Hacienda y Función Pública.

En cualquier caso, e independientemente de la opción elegida, las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas deberán publicar, bien directamente o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información en el caso de que contaran con sus propios servicios de información, la convocatoria de todas las licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En caso de una eventual discrepancia entre la información recogida en el servicio de información de la Comunidad Autónoma y la de la Plataforma de Contratación del Sector Público, prevalecerá la primera.

5. Los órganos de contratación de las Administraciones locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes podrán optar, de forma excluyente y exclusiva, bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto estableciera

obligatoria para todos los órganos de contratación. En la mencionada Orden se fijan los servicios que ofrece la Plataforma distinguiendo, por un lado, los Servicios Generales (publicación de información contractual, envío de anuncios a diarios oficiales, servicios de notificación a candidatos o licitadores, sellado de tiempo que corre a cargo de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda), y, por otro, el Sistema para las Comunicaciones de Licitaciones. El artículo 347.7 de la LCSP establece que mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se definirán las especificaciones relativas a la operación y utilización de los servicios prestados por la Plataforma de Contratación del Sector Público.

(244) Dictamen JCCA número 31/2011, de 22 de junio, sobre la obligatoriedad de integrar el perfil de contratante de los organismos y entidades del sector público estatal en la Plataforma de Contratación del Estado así como de las informaciones a publicar en la misma.

(245) Orden HAP/188/2018, de 1 de febrero, por la que se regula la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón y la publicación de los datos e informaciones referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación del Sector Público de Aragón a través de Internet.



la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial, o bien por alojarlos en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

6. La plataforma deberá contar con un sistema de sellado de tiempo que permita acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma.

7. La publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas (246) o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

C. Portal de Transparencia

a) PLANTEAMIENTO PREVIO Y PUBLICIDAD ACTIVA

Aunque, como ya se ha señalado, la LTAIP sigue imponiendo unas obligaciones en materia de transparencia que superan a las ya muy exigentes que se recogen en el artículo 63 de la LCSP (247), es preciso realizar algunas consideraciones sobre la indudable influencia que impone dicha Ley a la contratación pública, pues, no hay que olvidarlo, el artículo 34.1 de la LCSP cuando describe los límites al principio de libertad de pactos menciona, como no podría ser de otro modo, el respeto del ordenamiento jurídico dentro del cual, obligadamente, se incluye la LTAIP.

Pues bien, la LTAIP ha venido a llenar el vacío normativo que alarmantemente había colocado a España fuera del marco del resto de países comunitarios (248). Aunque, evidentemente, no es objeto es esta obra realizar un análisis pormenorizado de dicha Ley (249), sin embargo sí convie-

(246) Orden HAP/188/2018, de 1 de febrero, por la que se regula la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón y la publicación de los datos e informaciones referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación del Sector Público de Aragón a través de Internet.

(247) En virtud del artículo 8.1 de la LTAIP los contempla los relativos a otros instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado el contrato, y los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la LCSP.

(248) El Portal de Transparencia está operativo desde el 10 de diciembre de 2014, a tenor de lo dispuesto en la disposición final novena de la LTAIP, y contiene la información publicada de acuerdo con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente que, en todo caso, deberán sujetarse, a tenor del artículo 11, a los principios de accesibilidad, interoperabilidad (esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por el Real Decreto 4/2010, de 8 enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, así como a las normas técnicas de interoperabilidad), y reutilización (Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público y normativa de desarrollo).

(249) El Derecho a la Transparencia y Acceso a la Información Pública no se ha regulado en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental que pueda servir de contrapeso al Derecho



ne comentar algunos aspectos que, como ya se ha señalado, afectan a la contratación pública (250). Muy brevemente, se entiende oportuno lanzar a modo de reflexión dos asuntos:

– La LTAIP ha supuesto el nacimiento de nuevas obligaciones, tanto para los entes, organismos y entidades contratantes del Sector Público como para los propios contratistas (251), puesto que incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública que se articulará a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas, reconoce y garantiza el derecho de acceso a la información pública, y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento (252).

Desde la primera vertiente, en materia de contratos públicos, como en otras materias (253), aunque ya existía alguna obligación de publicidad activa a través del perfil de contratante y de la Plataforma de Contratación del Sector Público (254) sin embargo ahora se entiende que la misma ha de verse potenciada en materia de información institucional, jurídica y de relevancia económica, presupuestaria y estadística, así como con la necesaria publicación de toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de una solicitud de acceso, de modo que las obligaciones de transparencia se cohonesten con los intereses de la ciudadanía, previendo la creación y desarrollo de un Portal de la Transparencia (255).

Por tanto, de acuerdo con lo establecido en la LTAIP, las entidades del Sector Público que posean facultades contractuales han de cumplir las obligaciones publicidad activa que les impone dicha Ley y atender al posible ejercicio del derecho de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos.

– Respecto al Portal de Transparencia cabe señalar que la competencia para su elaboración y correcta observancia está actualmente confiada a la Subdirección General de Transparencia y Atención al Ciudadano, integrada verticalmente en la Dirección General de Gobernanza Pública y

Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal. Véase, PIÑAR MAÑAS, J. L., «Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio», *Laboratorio de Alternativas*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 147/2009.

(250) http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/categorias/Contratos-convenios-subsunciones-bienesinmuebles.html#

(251) La LTAIP, en su artículo 4, establece que las personas físicas y jurídicas que sean adjudicatarios de contratos del sector público, en los términos previstos en el respectivo contrato, tendrán la obligación de suministrar la información que sea procedente en relación las obligaciones de publicidad activa que corresponden a los entes, organismos y entidades contratantes.

(252) Véase en esta Parte de la obra el epígrafe 14 sobre «*Causas de Invalidez*», subepígrafe E «*Complementariedad de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*».

(253) Subvenciones, presupuestos o actividades de altos cargos.

(254) Artículos 53 y 334 del TRLCSP.

(255) Artículos 10 y 11 de la LTAIP.



ésta en la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Función Pública (256).

Salta a la vista, a juicio de los autores de esta obra, el desigual tratamiento que se ha dispensado al Derecho Fundamental a la Protección de Datos, contrapartida del Derecho a la Transparencia, al que se la ha dotado para su tutela de un ente independiente (Agencia Española de Protección de Datos). Esta cuestión, ni mucho menos de menor calado, se ha colocado en el origen de buena parte de la falta de control del déficit de información que, en contra de lo que ya disponía la LTAIP, debía haberse colgado desde su entrada en vigor en el Portal de Transparencia de cada entidad contractual.

Ahora, afortunadamente, la LCSP en el artículo 63 recoge lo que ya era una obligación de información en virtud de la LTAIP.

b) PUBLICIDAD PASIVA: ATENCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Además de las obligaciones de publicidad activa a las que se acaba de hacer referencia, los entes, organismos y entidades contratantes del Sector Público han de atender las solicitudes de acceso a la información pública que se formulen por cualquier persona, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española desarrollados por la LTAIP (257).

Se entenderá por información pública los contenidos o documentos, que obren en poder de los citados entes, organismos y entidades, y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones (258), salvo que, de modo justificado y proporcionado, el acceso a la misma se encuentre limitado, generalmente en materia de contratación pública, por alguna causa material que habilita la implantación del procedimiento negociado sin publicidad por suponer un perjuicio a la seguridad nacional, a la defensa, o a la seguridad pública (259), o por exigir del órgano de contratación el mantenimiento del deber de confidencialidad a instancia del licitador cuando se encontraran implicados el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial de éste (260).

La declaración de que concurre la circunstancia relativa a la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado deberá hacerse

(256) Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

(257) Artículo 12 de la LTAIP.

(258) Artículo 13 de la LTAIP.

(259) Artículo 168.a).3.º de la LCSP.

(260) Artículo 133 de la LCSP. Véase Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.



de forma expresa en cada caso por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, o por el órgano al que esté atribuida la competencia para celebrar el correspondiente contrato en las Entidades locales. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice (261).

La atención del derecho de acceso se practicara según lo establecido en la LTAIP (262), cuyo estudio extralimita el contenido de la presente obra.

11. GARANTÍAS

A. **Ámbito de aplicación**

En la LCSP se sigue la misma metodología que se plasmaba en el TRLCSP, en el sentido que distingue entre garantías exigibles por una Administración Pública-Poder Adjudicador y por el resto de entidades del Sector Público. Para las primeras, resulta de plena aplicación lo previsto en la Ley, mientras que, para las segundas, el artículo 114, al igual que hacía el artículo 104 del TRLCSP si bien introduce alguna matización, señala lo siguiente:

- Los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato (263) o al contratista (264), para asegurar la correcta ejecución de la prestación.
- El importe de la garantía que, en su caso, pueda determinarse podrá presentarse en alguna de las formas previstas para la garantía definitiva,

(261) Artículo 19.2.c) de la LCSP.

(262) Artículos 15 a 22 de la LTAIP.

(263) A juicio de los autores de esta obra, se entiende que dicho precepto debería haber suprimido la referencia a la adjudicación, al menos para una no Administración Pública-Poder Adjudicador, una vez que se ha modificado el momento de la perfección de los contratos a tenor de lo previsto en el artículo 36.1 de la LCSP.

(264) El artículo 114 de la LCSP sigue refiriéndose indebidamente, a juicio de los autores de esta obra, al «*adjudicatario*» cuando sin embargo, ya desde la reforma propiciada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, debería referirse al contratista y no al adjudicatario.



matizando como novedad que no resulta necesaria su constitución en la Caja General de Depósitos.

De igual modo, el régimen de su devolución o cancelación será establecido por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato, añadiendo un inciso final en el que se señala que no se podrán sobrepasar los límites que se establecen en los artículos 106.2 y 107.2, respectivamente, para la garantía provisional y definitiva.

En cualquier caso, las garantías que se hubieran exigido deberán constituirse a favor del órgano de contratación pues lo contrario supondrá una vulneración del ordenamiento jurídico vigente (265).

B. Contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador

a) GARANTÍA PROVISIONAL

La novedad más relevante es que esta garantía, que sigue siendo facultativa (266) para el órgano de contratación salvo cuando de forma excep-

(265) Véase Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público.

(266) Es preciso advertir, a juicio de los autores de esta obra, que ello puede redundar en que en determinados casos, en los que no puede demostrarse que dos licitadores pertenecen al mismo grupo empresarial en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio (art. 149.3 de la LCSP que dispone que, si se puede demostrar, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anomalía, la que fuere más baja) a pesar de que se aprecie que los socios de ambas empresas son los mismos, se haga el juego a la práctica relativamente frecuente de que, cuando ambas empresas han obtenido los dos primeros puestos en el orden de la adjudicación (esta información se conoce en virtud de la que ha de transmitirse a los candidatos y licitadores a tenor de lo previsto en el artículo 151 de la LCSP), se proceda a retirar la primera proposición si el diferencial entre la oferta económica presentada y el de la cuantía de la incautación de la garantía provisional que acuerda el órgano de contratación es favorable para la mencionada empresa (Se entiende mejor con un ejemplo. Imagínese que se trata de un contrato con un valor estimado de 102.000 euros, IVA excluido, y que la adjudicación se determinara, según lo previsto en los pliegos, por procedimiento abierto y en base al único criterio del precio dentro del sistema calidad-precio. Si la empresa A y E tienen los mismos socios y no se puede demostrar que pertenezcan al mismo grupo empresarial no puede excluirse la proposición de ninguna de ellas y quedarse con la más baja a la hora de determinar si la oferta incurre en bajas anormales o desproporcionadas. En consecuencia ambas empresas seguirán en el procedimiento de contratación. Si en los pliegos se estableció la obligación de constituir garantía provisional equivalente al 3 por ciento del valor estimado del contrato ambos licitadores habrán tenido que constituir la en el importe de 3.060 euros y quedará pendiente de que no se retire la oferta presentada hasta el momento de la perfección. Si, por ejemplo, la empresa E obtiene la adjudicación por 95.000 euros y la empresa A ocupó el segundo lugar por una oferta de 100.000 euros, resulta que si la empresa E retira su oferta perdería los 3.060 euros que puso a disposición del órgano de contratación en concepto de garantía provisional. Sin embargo, ello podría resultar rentable ya que dicha pérdida se podría ver sufragada porque la empresa A realizaría la prestación por un precio de 5.000 euros más, es decir, con un diferencial de 1.940 euros. Esta práctica, tan frecuente en bastantes ocasiones, no se dificulta, desde luego, con la exoneración de la garantía provisional).



cional y por motivos de interés público se considere necesaria y se justifique motivadamente en el expediente (267), responderá del mantenimiento de las ofertas hasta la perfección del contrato.

De este modo, se solventa el vacío que existía en el TRLCSP cuando el adjudicatario no acudía a formalizar el contrato. Ahora, en sintonía con el artículo 106.1, el artículo 153.4 de la LCSP dispone que cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado se le exigirá el importe del 3 por 100 (268) del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía definitiva, en los contratos de obras y de concesión de obras o, en el resto, si se hubiera exigido, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) del apartado 2 del artículo 71.

Aparte de la indicada novedad, la LCSP introduce también éstas de menor calado:

1. En el caso de división en lotes, la garantía provisional se fijará atendiendo exclusivamente al importe de los lotes para los que el licitador vaya a presentar oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato.

2. En los acuerdos marco y en los sistemas dinámicos de adquisición, el importe de la garantía provisional, de exigirse, se fijará a tanto alzado por la Administración Pública, sin que en ningún caso pueda superar el 3 por 100 (269) del valor estimado del contrato.

A estos efectos, en el caso del acuerdo marco, se habrá de tener en cuenta lo previsto en el artículo 219.3 de la LCSP a la hora de dimensionar su valor estimado. Dicho precepto dispone que la duración de los contratos basados en un acuerdo marco será independiente de la duración del acuerdo marco, y se regirá por lo previsto en el artículo 29 de la presente Ley, relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, así como por los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del acuerdo marco. Solo podrán adjudicarse contratos basados en un acuerdo marco durante la vigencia del acuerdo marco.

Frente a la observación efectuada en el párrafo anterior, cabe señalar que el licitador que hubiera retirado injustificadamente su oferta podría incurrir en prohibición para contratar a tenor de lo señalado en el artículo 71.2.a) de la LCSP. Sin embargo, es preciso señalar que ello no resultará fácil de probar pues para que dicha prohibición resultara aplicable habría que demostrar la concurrencia de dolo, culpa o negligencia, cuestión ésta de complicada probatura.

(267) Respecto a la constitución de garantía provisional por parte de empresas que se presentan al proceso de contratación con la intención de constituir una UTE, véase Resolución del TACRC número 193/2012, de 12 de septiembre, en la que señala que, ante la ausencia de una indicación expresa de que las mismas lo han otorgado de modo solidario sin establecer un límite cuantitativo para cada una de ellas dentro de la cuantía total del importe prestado, resulta posible que dicha ausencia se suple por la solidaridad a la que se obligan los empresarios integrantes de la misma (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de mayo de 2005).

(268) Tendrá la consideración de máximo (disposición final primera de la LCSP).

(269) Tendrá la consideración de máximo (disposición final primera de la LCSP).



3. En congruencia con la principal novedad ya señalada, en orden a que responderá del mantenimiento de las ofertas hasta la perfección del contrato, se dispone que esta garantía se extinguirá automáticamente en ese momento.

En este sentido, añade un inciso que puede llevar a confusión porque señala que en todo caso la garantía provisional se devolverá al licitador seleccionado como adjudicatario cuando haya constituido la garantía definitiva, pudiendo aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última. A juicio de los autores de esta obra, se considera que cronológicamente el momento de la comprobación de la constitución de la garantía definitiva, a tenor del artículo 150.2, y de la perfección del contrato, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153.3, en la actual redacción de la LCSP no suele coincidir, salvo en el caso de los contratos basados o específicos celebrados, respectivamente, en el seno de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición que, a tenor del artículo 36.1 de la LCSP, se perfeccionan con la adjudicación. Esta consideración haría necesario aclarar estos extremos.

Respecto a este tipo de garantía suele recogerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que su acreditación se haya de efectuar mediante «*resguardo justificativo correspondiente*». En relación a dicha cuestión, lo relevante es que quede acreditada fehacientemente la constitución del depósito, con lo que, de existir alguna eventual deficiencia en el modo de documentar la justificación del ingreso, ha de tratarse como un aspecto formal subsanable a tenor de lo previsto en el artículo 81.2.º del RGTRLCAP (270).

En relación a los modos de constitución, el artículo 106.3 de la LCSP reproduce el artículo 103.3 del TRLCSP (en la Caja General de Depósitos (271) o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en la Caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efecto cuando se trate de garantías en efectivo, o ante el órgano de contratación (272), cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución).

(270) Véase STSJ de Islas Baleares de 3 de abril de 2013.

(271) Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos y la normativa reglamentaria que lo desarrolla.

(272) Informe JCCA número 37/2006, de 30 de octubre, sobre la interpretación de la expresión «*ante el órgano de contratación*» (arts. 35 y 36 TRLCAP redactado del mismo modo en el art. 103.3 TRLCSP) establece que esta expresión debe de ser entendida como el ente contratante, no en relación al departamento de contratación, por lo que se estará a lo que aquel determine.



b) GARANTÍA DEFINITIVA

En relación a este tipo de garantía, la LCSP introduce las siguientes novedades sobre lo señalado en el TRLCSP:

1. Aunque mantiene, en general, el carácter obligatorio de su constitución para los licitadores que presenten las mejores ofertas, sin embargo fija su constitución, a disposición del órgano de contratación, de las siguientes maneras:

— Contratos en general:

- Precio cierto.
- A tanto alzado:

En un 5 por 100 (273) del precio final ofertado (art. 107.1) a diferencia de lo que se señalaba en el TRLCSP que se refería al importe de adjudicación (art. 95.1). Esta modificación, a juicio de los autores de esta obra, no introduce diferencias significativas pues se trata del mismo concepto material tomado desde las posiciones, respectivamente, del licitador (precio final ofertado) y del órgano de contratación (acuerdo de adjudicación) (274). Se excluye, como también sucedía con el TRLCSP, el IVA.

- Precios unitarios:

En un 5 por 100 del presupuesto base de licitación, como se hacía en el artículo 95.3 del TRLCSP, pero se añade que se excluirá el IVA.

- Precio provisional fijado estimativa y excepcionalmente por el órgano de contratación dadas las dificultades que plantea la contratación (art. 102.7 de la LCSP):

En un 5 por 100 (275) del precio máximo fijado (276), como se hacía en el artículo 95.1 del TRLCSP, pero dispone que se excluirá el IVA.

– Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios (art. 107.4 de la LCSP):

Se fijará, a diferencia de lo que establecía el artículo 95.4 del TRLCSP para la concesión de obras públicas (valor estimado), en cada caso por el

(273) Tendrá la consideración de máximo (disposición final primera de la LCSP).

(274) De este modo se recoge, además, lo señalado por la Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en su informe de fecha 28 de julio de 2008.

(275) Tendrá la consideración de máximo (disposición final primera de la LCSP).

(276) Dadas las circunstancias excepcionales que concurren y que han de quedar motivadas en el expediente de contratación, la adecuación de su importe teórico deberá realizarse a través de un análisis de costes incurridos. En este aspecto, debería incluirse en los pliegos la obligación que pesa sobre el contratista para someterse al examen de cuantos documentos se estime oportuno analizar por parte del órgano de contratación o, en su caso, de su equipo auditor.



órgano de contratación en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en función de la naturaleza, importancia y duración de la concesión de que se trate.

– Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición (art. 107.5 de la LCSP):

A diferencia de lo que se señalaba en el TRLCSP, que guardaba silencio permitiendo que en virtud del principio de libertad de pactos se incluyera en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la exigencia de garantía definitiva en los contratos derivados (277), en la LCSP se dispone que en éstos se establecerá si se fija una garantía definitiva general con carácter estimativo o si se realiza para cada contrato basado o específico en relación con su importe de adjudicación. En el primer caso, cuando la suma de los importes, IVA excluido, de los contratos basados o específicos exceda del doble de la cantidad resultante de capitalizar al 5 por 100 el importe de la garantía definitiva, esta deberá ser incrementada en una cuantía equivalente.

La garantía definitiva a que se refieren los párrafos anteriores responderá respecto de los incumplimientos tanto del acuerdo marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, como del contrato basado o específico de que se trate.

2. En los contratos, salvo en el de obras y en el de concesión de obras, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía definitiva, justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, ya no solamente como se recogía en el artículo 95.1 párrafo segundo del TRLCSP en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio, sino en contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social, así como en los contratos privados que tengan por objeto servicios financieros, la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, así como los que se refieran a la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (puntos 1.º y 2.º de la letra a) del apartado 1 del artículo 25 de la LCSP).

(277) Véase Escrito-Circular de 16 de octubre de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado, por el que se plantea consulta sobre diversas cuestiones relacionadas con la tramitación de un expediente de contratación relativo al servicio de agencia de viajes, y en el que se indica que, respecto de si entre los requisitos a exigir al contratista o contratistas que resulten adjudicatarios de un acuerdo marco debe figurar la constitución de la correspondiente garantía definitiva, la misma no se debe exigir a los adjudicatarios que resulten partes de un acuerdo marco en ese momento, sino cuando resulten adjudicatarios de los contratos posteriores que se basen en el acuerdo marco previo.

En relación a dicha posible exención, es preciso recordar que la disposición adicional cuarta.³ de la LCSP introduce como novedad la posibilidad de que en determinados contratos, en los que pueda realizarse la reserva de algún lote o lotes, de un porcentaje mínimo del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación, o de un porcentaje mínimo de la ejecución a favor de Centros Especiales de Empleo (278) de iniciativa social (279) y a empresas de inserción reguladas (280), no procederá la exigencia de la garantía definitiva, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente.

3. En el artículo 107.2 de la LCSP solamente se contempla, a diferencia de lo que sucedía en el artículo 98 del TRLCSP que preveía la posible constitución de una garantía global que afianzara las responsabilidades que pudieran derivarse de la ejecución de todos los contratos que celebre un licitador con una Administración Pública o con uno o varios órganos de contratación, la posibilidad de que, en casos especiales, el órgano de contratación pudiera establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares la constitución de una garantía complementaria, tal y como ya se regulaba en el artículo 95.2 del TRLCSP, de hasta un 10 por 100 del precio final ofertado, excluido el IVA.

A estos efectos, se adiciona como novedad que se considerará que constituyen casos especiales aquellos contratos en los que, debido al riesgo que en virtud de ellos asume el órgano de contratación, por su especial naturaleza, régimen de pagos o condiciones del cumplimiento del contrato, resulte aconsejable incrementar el porcentaje de la garantía definitiva ordinaria, lo que deberá acordarse mediante resolución motivada (281). En particular, aclara respecto a las dudas que manifestaba su aplicación (282), que se podrá prever la presentación de esta garantía complementaria para los casos en que la oferta del adjudicatario resultara inicialmente incurso en presunción de anormalidad.

4. En relación a los modos de constitución, el artículo 108 de la LCSP reproduce básicamente la redacción que se efectuaba en el artículo 96 del TRLCSP, salvo en estos aspectos:

(278) Véase Resolución del TACRC número 538/2016, de 8 de julio, sobre la acreditación de la condición de Centro Especial de Empleo a efectos de los contratos reservados, no es necesario que se refiera a la específica actividad objeto del contrato.

(279) Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

(280) Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

(281) Incorpora el artículo 59 del RGTRLCAP.

(282) Véase Resolución de 15 de octubre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 a 2009 por la Tesorería General de la Seguridad Social.



– En el apartado 1, realiza una expresa mención sobre la posible constitución con carácter mixto, es decir, realizando su prestación a través de más de una de las formas que se prevén (en efectivo o en valores, que en todo caso serán de Deuda Pública, mediante aval, o contrato de seguro de caución).

– En la letra a) del apartado 1, cuando se prevé que una de las formas de constitución pueda ser el efectivo o mediante valores, adiciona un inciso final en relación a su depósito indicando que lo señalado (Caja General de Depósitos (283) o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos, en la forma y con las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan), se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto para los contratos que se celebren en el extranjero.

– En el apartado 2, se sustituye la referencia al contrato de gestión de servicios públicos por la del contrato de concesión de servicios manteniendo que, en este caso cuando las tarifas las abone la administración contratante, y también en los contratos de obras, suministros y servicios, cuando así se prevea en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la garantía definitiva podrá constituirse mediante retención en el precio. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se fijará la forma y condiciones de la retención (284).

5. En relación a la constitución, reposición y reajuste de garantías, el artículo 109 de la LCSP reproduce lo que preveía el artículo 99 del TRLCSP (285), en cuanto a su constitución con carácter previo al acuerdo

(283) Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos y la normativa reglamentaria que lo desarrolla.

(284) Esta posibilidad se incorporó, a partir del 29 de septiembre de 2013 y en contra de lo que había venido siendo habitual, por la modificación del artículo 96.2 del TRLCSP, operada por el artículo 44. Uno de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. A juicio de los autores de esta obra, resultaría necesario extender esta posibilidad a los contratos de concesión de obras.

(285) El aval otorgado solidariamente, con renuncia expresa al beneficio de excusión y con un compromiso de pago a primer requerimiento, supone un compromiso de pago automático tan pronto como el beneficiario de la garantía lo reclame y sin que, en consecuencia, pueda el garante oponer excepción alguna fundada en la relación entre el acreedor y el deudor, sino solo las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido (STSJ de Islas Baleares de 13 de marzo de 2013). Se trata pues de un medio de garantía particular (STS de 14 de marzo de 2007) respecto del cual es preciso tener en cuenta las siguientes características: 1. Que se trata de una modalidad de garantía personal: 2. Que, entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como «*garantía a primera demanda o a simple demanda*» o «*garantía independiente*». Se trata de un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 del Código Civil, en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento



de adjudicación y a la necesidad de reajuste en casos de imposición de penalidades o indemnizaciones al contratista o de modificaciones contractuales, pero adiciona un nuevo apartado 4 en relación a la constitución de la garantía definitiva mediante contrato de seguro de caución (286). En tal caso, si la duración del contrato excediera los 5 años, el contratista podrá presentar un contrato de seguro de plazo inferior al de duración del contrato, estando obligado en este caso, con una antelación mínima de 2 meses al vencimiento del contrato de seguro de caución, bien a prestar una nueva garantía, o bien a prorrogar el contrato de seguro de caución y a acreditárselo al órgano de contratación. En caso contrario, se incautará la garantía definitiva por aplicación del artículo 110.c).

6. En cuanto a las responsabilidades a que está afecta la garantía definitiva, el artículo 110 de la LCSP reproduce básicamente lo que se preveía en el artículo 100 del TRLCSP. Sin embargo, introduce estas novedades:

- Introduce expresamente el adverbio «únicamente», para remarcar la idea de que la enumeración del artículo 110 de la LCSP es cerrada.
- En la letra a), señala que la garantía definitiva responderá de la obligación de formalizar el contrato en plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153.

Sobre este particular es preciso comentar su dificultad de encaje con la reforma introducida en el artículo 106.1 de la LCSP, cuando señala que la garantía responderá del mantenimiento de las ofertas hasta la perfección del contrato, y con lo previsto en el artículo 153.4 que dispone que,

se garantiza (SSTS 27 de octubre de 1992 y de 14 de marzo de 2007): 3. Que, por lo señalado, es nota característica de esta forma de garantía personal, a diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad (STS de 11 de julio de 1983) al incidir las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional entre las nuevas figuras que, tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia, de lo que se deduce que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido: 4. Que, no obstante, en aras del principio de la buena fe contractual a tenor de lo previsto en el artículo 1258 del Código Civil, se permite al garante, en caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación (STS de 10 de noviembre de 1999). El avalista solo puede comprobar si la obligación que garantiza ha sido incumplida, pero no puede pretender una revisión del procedimiento seguido con el obligado principal (STS de 14 de junio de 2005).

(286) Resulta necesario realizar un breve comentario sobre la confusión que se produce en ciertos contratos, por ejemplo de transporte o restauración de obras de arte, en los que por la propia naturaleza del contrato surge el riesgo cierto de pérdida de la cosa o de daños a terceras personas, y se suele decidir incluir en los pliegos la exigencia de suscribir un seguro de responsabilidad civil. En relación a dicho supuesto, es preciso recordar que tanto el TRLCSP como la LCSP admiten tal posibilidad pero, no en concepto de garantía sino como una condición especial de ejecución del contrato, excluyendo la posibilidad de que pueda ser exigido como un requisito de solvencia (véase Resolución del TACRC número 16/2012, de 13 de enero), como garantía adicional (véase Resolución del TACRC número 126/2012, de 6 de junio), o como criterio de adjudicación (véase Resolución del TACRC número 130/2011, de 27 de mayo).



cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado en el artículo 153.3, se le exigirá el importe del 3 por 100 (287) del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía definitiva, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra *b*) del apartado 2 del artículo 71.

A tenor del artículo 36 de la LCSP los contratos se perfeccionan con su formalización, salvo en el caso de los contratos menores (288) y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición que se perfeccionarán con su adjudicación.

A tenor del apartado 2 y del párrafo segundo del artículo 153.1, los contratos menores acreditarán su existencia con los documentos a los que se refiere dicho artículo, mientras que para los contratos basados y específicos no será necesaria su formalización.

De acuerdo con lo señalado, a juicio de los autores de esta obra, la interpretación de los preceptos mencionados podría ser de la siguiente manera:

- Con carácter general:

- Si se hubieran exigido garantías provisional y definitiva, la primera respondería del mantenimiento de las ofertas hasta la formalización del contrato, aplicándose con cargo a la segunda la penalidad prevista en el artículo 153.4 de la LCSP en el caso de que el incumplimiento del plazo de formalización fuera por causa imputable al adjudicatario.

- Si solamente se hubiese exigido garantía definitiva, con cargo a ésta se aplicará la penalidad señalada en el párrafo anterior.

- Para contratos menores:

En este caso, a tenor del artículo 131.3 de la LCSP, a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación se le podría, excepcionalmente y previa debida justificación en el expediente, exigir la constitución tanto garantía provisional como definitiva en virtud del principio de libertad de pactos del artículo 34 de la LCSP y dado que, al amparo de la disposición final primera de la LCSP, tendrán la consideración de mínimas las exigencias que para

(287) Tendrá la consideración de máximo (disposición final primera de la LCSP).

(288) Por ejemplo, a tenor del artículo 310.3 de la LCSP, en el caso de la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, la existencia de los contratos se acreditará mediante la designación o nombramiento por autoridad competente.

estos contratos se establecen en el artículo 118.1. En tal supuesto, la primera respondería del mantenimiento de la oferta hasta la adjudicación del contrato, aplicándose con cargo a la segunda la penalidad prevista en el artículo 153.4 de la LCSP en el caso de que el incumplimiento del plazo de formalización fuera por causa imputable al adjudicatario.

- Para contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición:

A efectos de formalización, como ya se ha señalado que la misma no es necesaria, solamente cabría en su caso exigir garantía provisional. En este caso la misma respondería del mantenimiento de la oferta u ofertas hasta la adjudicación del contrato basado o específico.

- En la letra *c*), respecto a la responsabilidad de la que responderá la garantía definitiva respecto a la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato (289), adiciona un inciso muy oportuno, que complementa su sentido y alcance, apuntando que en la misma se entenderán incluidas las mejoras que, ofertadas por el contratista, hayan sido aceptadas por el órgano de contratación.

- En la letra *e*), amplía la redacción que se hacía en el artículo 100.*d*) del TRLCSP que solamente se refería a los contratos de suministro y a una posible aparición de vicios o defectos en los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato. Ahora, dicha previsión se extiende también a los contratos de obras y servicios.

7. En relación a la devolución y cancelación de la garantía definitiva, el artículo 111 de la LCSP reproduce el tenor literal del artículo 102 del TRLCSP pero introduce una importante matización en el apartado 5 al indicar que, si hubiese transcurrido 1 año desde la fecha de terminación del contrato sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, para que se proceda, sin más demora, a la devolución o cancelación de la garantía una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 110, es preciso que, además, hubiera vencido el plazo de garantía (290).

(289) En relación a la posible incautación de la garantía definitiva por incumplimiento contractual a consecuencia de que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social averiguó que la empresa acumulaba una importante deuda con la Seguridad Social, ver Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(290) Véase STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 febrero de 2013. En caso de recepciones parciales (véase STS de 26 de enero de 1998, en la que se señala que las certificaciones parciales de obra no gozan de autonomía respecto del contrato del que traen causa), solo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en los pliegos.



8. La LCSP procede crear una nueva Sección 3.^a, dentro del Capítulo I del Título IV del Libro Primero, aplicable tanto a garantías provisionales como definitivas, en el que se integran los artículos 112, sobre «*Régimen de las garantías prestadas por terceros*», y 113 sobre «*Preferencia en la ejecución de garantías*», que se corresponden, con la matización que se va a efectuar a continuación, con los anteriores artículos 97 y 101 del TRLCSP que se encontraban incluidos en la Sección 1.^a dedicada a la «*Garantía Definitiva*».

En relación a esta nueva Sección, la novedad se produce en la redacción del artículo 113 que adiciona un nuevo apartado 3 en el que se señala que los créditos de la Administración contratante tendrán la consideración de créditos con privilegio general, conforme a lo establecido en el artículo 91.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 90 de la misma en el caso de concurso los créditos derivados de las obligaciones *ex lege* o los surgidos en virtud de actos administrativos.

C. Garantías exigibles en otros contratos públicos

Respecto de los contratos celebrados por una entidad que no sea Administración Pública-Poder Adjudicador y no Poder Adjudicador, a las que se les aplicarán lo previsto en los artículos 316 a 322 de la LCSP, el artículo 114 de la misma reproduce la redacción que efectuaba el artículo 104 del TRLCSP salvo en su apartado 2 en el que se establece que, como ya se ha señalado en esta obra al tratar del Ámbito de Aplicación de las Garantías, el importe de las mismas que, en su caso, pueda determinarse podrá presentarse en alguna de las formas previstas para la garantía definitiva, matizando como novedad que no resulta necesaria su constitución en la Caja General de Depósitos.

12. RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN

A. Introducción

El principal foco de críticas a la contratación pública siempre se ha centrado, entre otras cuestiones, en su excesiva rigidez. De aquí que la Comisión Europea, en su Comunicación de 1998, sobre «*La Contratación Pública en la Unión Europea*» (291), interesase la modificación de las Direc-

(291) Bruselas, 11 de marzo de 1998, COM (98) 143, basada en el Libro Verde sobre «*La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones de Futuro*», Comunicación adoptada por la Comisión Europea el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del Señor Monti.



tivas clásicas de obras, suministros y servicios con el propósito de que los poderes adjudicadores pudiesen acceder a la utilización de técnicas de compras dotadas de mayor flexibilidad. Fueron estos planteamientos los que posteriormente vieron la luz en la Directiva 2004/18/CEE, siguiendo los tímidos pasos dados por la Directiva 93/38/CEE, al recoger nuevas técnicas de contratación cuyo objetivo era poner a disposición de los poderes adjudicadores herramientas de actuación más flexibles, racionalizando y ordenando la adjudicación de los contratos. Con esta vocación se introdujeron en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, las figuras del Acuerdo Marco (292), del Sistema Dinámico de Adquisición (293) y de la Centralización de la Contratación de Obras, Servicios y Suministros (294).

Las tres resultan aplicables, como ya se recogía en el TRLCSP, a todas las entidades del Sector Público. Sin embargo, a diferencia de lo que señalaba el artículo 195 del TRLCSP que disponía que se aplicarían los sistemas para la racionalización de la contratación solamente para los contratos privados no sujetos a regulación armonizada, la LCSP extiende dicha aplicación a cualquier contrato privado estuviera o no sujeto a regulación armonizada (art. 319.1 para una no Administración Pública-Poder Adjudicador, y artículo 321.3 para un no Poder Adjudicador en relación a operaciones propias de su tráfico).

Como novedad comentar que, desde el ámbito público se da tanta importancia a dichas técnicas, se ha llegado a crear en la Administración General del Estado un Servicio Presupuestario específico con objeto de hacer una puesta en común de los recursos financieros con la finalidad de obtener las mayores cotas de eficiencia en la satisfacción de las necesidades públicas (295). Efectivamente con efectos de 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida, se ha creado el Servicio Presupuestario 05 «*Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación*» (296) de la Sección 31 «*Gastos de Diversos Ministerios*» imputándose los gastos al Programa Presupuestario 923R «*Contratación Centralizada*».

A continuación se van a analizar los sistemas de acuerdo marco y de sistemas dinámicos de adquisición, dejando para más adelante el análisis de la Contratación Centralizada, que se abordará a propósito de las competencias contractuales que corresponden a las Juntas de Contratación a tenor del artículo 323.4 de la LCSP.

(292) Artículo 1.5 de la Directiva 2004/18/CEE.

(293) Artículo 1.6 de la Directiva 2004/18/CEE.

(294) Artículo 1.10 de la Directiva 2004/18/CEE.

(295) Orden HFP/457/2018, de 30 de abril, por la que se modifica la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada (BOE número 110, de 7 de mayo).

(296) Creada por el Real Decreto 696/2013, de 20 de septiembre, que introduce, a través de su artículo único. 16, un nuevo artículo 22 en el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.



B. Acuerdo marco

a) NATURALEZA JURÍDICA

De acuerdo con lo previsto en el artículo 219.1 de la LCSP, que sigue a rasgos generales la redacción que se efectuaba en el artículo 196.1 del TRLCSP, el acuerdo marco es un sistema que permite fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso al mismo no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

De ello se deriva que en este sistema de racionalización técnica de la contratación no se requiera la inclusión de un documento que acredite la existencia y suficiencia de crédito, toda vez que serán los contratos basados los que conllevarán compromiso de gastos y ello hará necesario que en cada uno de éstos se acredite con objeto sufragar los mismos.

Asimismo, como ya se ha señalado con anterioridad en esta obra, tampoco será necesario que se exija la constitución de garantía definitiva al contratista o contratistas que resulten adjudicatarios de un acuerdo marco, toda vez que la misma resultará exigible cuando resulten adjudicatarios de los contratos basados en el acuerdo marco previo (297).

Lo señalado en los dos párrafos anteriores transmite, a juicio de los autores de esta obra, a la celebración de los acuerdos marco una nota que los hace, en ocasiones, especialmente inconvenientes porque se acude a ellos, en lugar de a la celebración de un contrato por procedimiento abierto, solamente porque no hay crédito presupuestario que dé cobertura a dicha adquisición. Como el órgano de contratación no conoce si podrá llegar el mismo o cuándo llegará, para «*curarse en salud*» lanza un acuerdo marco buscando un único adjudicatario que le permita celebrar, en su caso, los correspondientes contratos derivados. Esta estrategia, es cierto, carece, teóricamente, de defectos procedimentales pero puede producir problemas a la hora de ejecutar los contratos derivados pues para satisfacer, por ejemplo, un contrato de mantenimiento de máquinas, es posible que el contratista del acuerdo marco, que no se niega a repararla, exija que se le ponga a su disposición y se abonen los correspondientes costes pues su sede se encuentra distante del lugar donde se produce esa necesidad.

(297) Véase Escrito-Circular de 16 de octubre de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado.



Sin embargo, la LCSP introduce sobre esta definición las siguientes novedades:

1. El acuerdo marco podrá celebrarse no solamente por un órgano de contratación, generalmente las Juntas de Contratación por las competencias que se le reconocen en el artículo 323.4, sino con varios órganos de contratación del sector público.

2. En el artículo 219.1 se matiza que las condiciones que habrán de tenerse en cuenta en el acuerdo marco harán referencia, en particular, a los precios (298), y en su caso, a las cantidades previstas durante el período de duración del mismo.

Aparte de lo señalado, dos son sus características principales:

– Por un lado, es que pueden aplicarse a cualquier tipo de objeto contractual (299), respecto del cual se justifique la necesidad de emplear técnicas de flexibilización en la contratación pública que eviten repetir la totalidad del procedimiento de adjudicación en aquellos contratos que, aunque la ley no lo expresa, tienen una naturaleza cíclica e identidad en su objeto.

– Por otro, con el fin de conseguir lo señalado en el párrafo anterior, en los acuerdos marco se aplican dos procedimientos distintos, aunque íntimamente enlazados, que son el del propio acuerdo marco y el de las adjudicaciones derivadas del mismo. De aquí, como bien definía la Directiva 2004/18/CE (300), que el acuerdo marco sea *«un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas»*.

b) DURACIÓN

Como ya se ha señalado en esta obra, aunque en el artículo 219.2 de la LCSP se mantiene el plazo de duración del acuerdo marco que se establecía en el artículo 196.3 del TRLCSP [cuatro años (301), salvo en casos

(298) Véase Resolución del TACRC número 1065/2017, de 17 de noviembre, sobre la no imposición de que las ofertas no superen precios alcanzados en anteriores acuerdos marco celebrados por el órgano de contratación por ser contrario al principio de libertad de empresa y a la función del presupuesto de licitación.

(299) Véase la Resolución del TACRC número 1212/2017, de 22 de diciembre.

(300) Artículo 1.5.

(301) En el caso de acuerdos marco celebrados en el ámbito de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de la Defensa y de la Seguridad, se prevé en su artículo 53.4 que la *«duración de un acuerdo marco no podrá superar los siete años, salvo que*



excepcionales debidamente justificados], si bien matiza que, en todo caso, deberá justificarse en el expediente teniendo en cuenta, especialmente, las peculiaridades y características del sector de actividad a que se refiere su objeto, sin embargo, en el apartado 3 del citado artículo 219, introduce las siguientes novedades:

1. Solo podrán adjudicarse contratos basados en un acuerdo marco durante la vigencia del acuerdo marco (302), siendo la fecha relevante para entender que se ha cumplido este requisito:

– Si para celebrar los contratos basados es necesario celebrar una nueva licitación [art. 221.4.b)]: La fecha de envío a los adjudicatarios del acuerdo marco de las invitaciones para participar en la licitación, siempre que las propuestas de adjudicación se reciban dentro del plazo establecido para ello en el acuerdo marco correspondiente.

– Si para celebrar los contratos basados no es necesario realizar una nueva licitación [art. 221.3 y 4.a)]: La fecha de la adjudicación del contrato basado.

2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, la duración de los contratos basados en un acuerdo marco será independiente de la duración del acuerdo marco, y se regirá por lo previsto en el artículo 29 de la LCSP (303), relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, así como por los pliegos reguladores del acuerdo marco.

Ello tendrá un importante efecto a la hora de dimensionar el valor estimado del acuerdo marco, a tenor de lo previsto en el artículo 101.13 de la LCSP, que dispone que tendrá en cuenta el valor máximo estimado, excluido el IVA, del conjunto de contratos basados.

c) PROCEDIMIENTO

La novedad más importante se refiere al ámbito de aplicación que se aplica en el sistema de acuerdos marco. El artículo 220.1 de la LCSP, a diferencia de lo que se establecía en el artículo 197.1 del TRLCSP que señalaba que se regularían en la fase de preparación por las normas previstas para una Administración Pública-Poder Adjudicador, señala, en el mencionado artículo 220.1, que también se aplicará para la fase de adjudici-

concurran circunstancias excepcionales que se determinarán teniendo en cuenta la vida útil esperada de los artículos, instalaciones o sistemas a entregar y las dificultades técnicas que pueda ocasionar un cambio de proveedor. Tales circunstancias deberán justificarse adecuadamente en el anuncio de licitación».

(302) Véase Escrito-Circular de 16 de octubre de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado.

(303) Véase Apartado 7 de esta Segunda Parte de la obra.



cación lo previsto para una Administración Pública-Poder Adjudicador (304).

Aparte de lo indicado, el artículo 220.2 introduce, además, estas novedades sobre lo que preveía el artículo 197.2 del TRLCSP:

1. Extiende la publicidad que debe realizarse, en el caso de que el acuerdo marco estuviese sujeto a regulación armonizada, al perfil de contratante del órgano de contratación (305) a nivel interno junto con la que se realice en el Boletín Oficial del Estado (matizando, en el caso de los Acuerdos Marco celebrados en la Administración General del Estado).

2. Reduce el plazo para efectuar la publicidad a la que se refiere el punto anterior de cuarenta y ocho días a treinta días, y aporta como mejora técnica la aclaración de que su cómputo comenzará desde su formalización y no desde su celebración.

En relación a la información relativa al acuerdo marco (306), el órgano de contratación podrá no publicar alguna en los casos previstos en el artículo 155.3 justificándolo debidamente en el expediente. En el caso de datos relativos a la formalización del acuerdo marco ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 154.7 de la LCSP.

Por lo que se refiere estrictamente al procedimiento a desarrollar, el artículo 221.6 de la LCSP introduce a su vez las siguientes novedades respecto a lo regulaba el artículo 198.4 del TRLCSP:

1. La letra *a*), frente a la redacción escueta que se hacía en el TRLCSP («*Por cada contrato que haya de adjudicarse se consultará por escrito a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato*»), establece lo siguiente:

– Se añade que por cada contrato que haya de adjudicarse se invitará a la licitación a todas las empresas parte del acuerdo marco que, de acuerdo con los términos de la adjudicación del mismo, estuvieran en condiciones de realizar el objeto del contrato basado. Las empresas invitadas esta-

(304) Sigue sin comprenderse, a juicio de los autores de esta obra, cómo se pudiera llevar a cabo un acuerdo marco, por ejemplo, por procedimiento de licitación con negociación o por diálogo competitivo cuando la naturaleza del objeto contractual pudiera permitir una abierta competencia entre los licitadores y hacerlo girar sobre bienes y servicios perfectamente disponibles en el mercado. Prueba de ello es que, de modo mucho más acertado la LCSP ciñe el sistema dinámico de adquisición solamente al procedimiento restringido (art. 224.1), mientras que la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de la Defensa y de la Seguridad, prevé en su artículo 38 que los acuerdos marco se lleven a cabo necesariamente a través del procedimiento abierto.

(305) Debería añadir «*o de los órganos de contratación*» para recoger la posibilidad de que el acuerdo marco pudiera ser celebrado por varios órganos de contratación según la modificación recogida en el artículo 219.1 de la LCSP.

(306) Véase Resolución del TACRC número 677/2016, de 9 de septiembre, sobre la necesidad de dar información a los licitadores sobre los consumos estimados de un Acuerdo marco.



rán obligadas a presentar oferta válida en los términos fijados en el pliego del acuerdo marco.

– Se amplía el medio de consulta a las empresas, señalando que la invitación se realizará por los medios que se hubieran establecido a tal efecto en el pliego regulador del acuerdo marco.

En lo demás se mantiene, aunque con otra redacción, que cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos a regulación armonizada, el órgano de contratación podrá decidir, justificándolo debidamente en el expediente, no invitar a la licitación a la totalidad de las empresas, siempre que, como mínimo, solicite ofertas a tres.

2. La letra *b)*, se adiciona que, a la hora de conceder un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato basado, se tendrán en cuenta no solamente la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta, sino la pluralidad o no de criterios de valoración, así como su complejidad.

3. La letra *d)*, se modifica el sentido de lo previsto en el TRLCSP, al indicar que la posibilidad de celebrar una subasta electrónica, siempre que así se haya previsto en los pliegos reguladores del acuerdo marco, no ha de concebirse como una forma alternativa al sistema de invitación a las empresas que sean parte del acuerdo marco.

4. La letra *f)*, se introduce la novedad de que la notificación a las empresas no adjudicatarias de los contratos basados en un acuerdo marco, podrá sustituirse por una publicación en el medio determinado en los pliegos reguladores del acuerdo marco.

d) ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS BASADOS

El artículo 221 de la LCSP introduce las siguientes novedades respecto de lo que establecía el artículo 198 del TRLCSP:

1. Rompe el principio general de que solamente se podrán celebrar contratos basados entre las empresas y los órganos de contratación que hayan sido originariamente partes en el acuerdo marco. Añade que será posible cuando se hubiesen identificado otras entidades en el pliego regulador del acuerdo marco, y se hubiera hecho constar esta circunstancia en la convocatoria de licitación (art. 227.4 de la LCSP).

2. Aunque el esquema general se mantiene entre acuerdos marco concluidos con una empresa o con varias (307) y que, en este caso, la po-

(307) Véase Resolución del TACRC número 1065/2017, de 17 de noviembre, sobre la no imposición de que las ofertas no superen precios alcanzados en anteriores acuerdos marco celebrados por el órgano de contratación por ser contrario al principio de libertad de empresa y a la función del presupuesto de licitación.



sible licitación dependerá de que en el propio acuerdo se hayan o no previsto todos los términos para adjudicar los contratos basados, introduce las siguientes novedades:

– Es necesario que la posibilidad de aplicar ambos sistemas deberá estar prevista en el pliego regulador del acuerdo marco y dicho pliego deberá determinar los supuestos en los que se acudirá o no a una nueva licitación, así como los términos que serán objeto de la nueva licitación, si este fuera el sistema de adjudicación aplicable.

Para poder adjudicar contratos basados en un acuerdo marco con todos los términos definidos sin nueva licitación, será necesario que el pliego del acuerdo marco prevea las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicatario del contrato basado y ejecutar la prestación.

Las previsiones anteriores serán también aplicables a determinados lotes de un acuerdo marco, siempre que, en relación con ese lote o lotes en concreto, se hubiera cumplido con los requisitos citados y con independencia de las previsiones de los pliegos en relación con el resto de lotes del acuerdo marco.

– Cuando el acuerdo marco no establezca todos los términos y por lo tanto, de acuerdo a lo que se acaba de señalar, así se prevea en el pliego regulador del mismo, se invitará a una nueva licitación a las empresas parte del acuerdo marco (308). En este sentido, la adjudicación se basará, bien en los mismos términos aplicados a la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, bien en otros términos. En este último caso, será necesario que dichos términos hayan sido previstos en los pliegos de contratación del acuerdo marco y se concreten con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado.

Por otra parte, si los pliegos de cláusulas administrativas particulares del acuerdo marco no recogieran de forma precisa la regulación aplicable a los contratos basados, ésta deberá necesariamente incluirse en los documentos de licitación correspondientes a dichos contratos basados.

e) MODIFICACIONES

Este apartado es totalmente novedoso en la LCSP respecto de lo preveía el TRLCSP. Efectivamente, en su artículo 222 establece lo siguiente:

(308) Esta posibilidad siempre ha sido vista por los autores de esta obra como desalentadora. Se refiere al supuesto en el que, nada menos que después de haber hecho el esfuerzo de seleccionar a uno o varios empresarios a través del acuerdo marco, sin embargo no todos los términos necesarios para adjudicar los contratos derivados se encontraran establecidos en el mismo.



1. Los acuerdos marco y los contratos basados podrán ser modificados de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos (arts. 203 a 207 de la LCSP).

2. En todo caso, no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco (309).

Sin perjuicio de lo señalado, los adjudicatarios de un acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por 100 el inicial de adjudicación, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, hubiese establecido otro límite.

Junto a ello, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que su precio no exceda del 10 por 100 el inicial de adjudicación.

3. Los precios unitarios resultantes de la modificación del acuerdo marco no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación y en ningún caso podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos.

C. Sistema dinámico de adquisición

a) NATURALEZA JURÍDICA

La primer consideración que hay que realizar es que, por fin, la LCSP otorga al «*Sistema Dinámico de Adquisición*» la denominación que le correspondía ya desde la Directiva 2004/18/CEE superando la situación equívoca que se arrastraba en el TRLCSP en el que, por un lado, se hablaba de «*Sistema Dinámico de Contratación*» mientras que, por otro, en el artículo 88.8 se refería a esta figura con la terminología correcta denominándolo «*Sistema Dinámico de Adquisición*».

(309) Véanse Informe JCCA número 31/2010, de 24 de noviembre, que ya señalaba que no existía inconveniente legal para que una central de compras seleccionase mediante acuerdo marco la totalidad de las especificaciones de productos o servicios de naturaleza similar, y que fueran los organismos o facultativos destinatarios finales los que pudieran optar entre cualquiera de ellos motivadamente, sin perjuicio de la discrecionalidad de carácter científico o técnico, y Resolución del TACRC número 25/2018, de 12 de enero.



La verdadera característica diferenciadora de este sistema radicará en que, además de que el objeto contractual ha de consistir en obras, servicios y suministros de uso corriente (310) cuyas características se encuentren generalmente disponibles en el mercado, la generación del mismo ha de efectuarse íntegramente a través de medios electrónicos, siempre que el recurso a este instrumento no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

Los artículos 223 y 224 de la LCSP introduce las siguientes novedades respecto de lo que se regulaba en los artículos 199 y 200 del TRLCSP:

1. Señala abiertamente que el sistema dinámico de adquisición es un proceso totalmente electrónico (311), a diferencia de lo que se establecía en el artículo 200.2.c) del TRLCSP que disponía que desde la publicación del anuncio y hasta la expiración del sistema se ofrecería acceso sin restricción, directo y completo, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, a los pliegos y a la documentación complementaria.

De acuerdo con ello, el artículo 224.4 de la LCSP dispone que todas las comunicaciones que se realicen se harán utilizando únicamente medios electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en la misma.

2. Se suprime la limitación temporal que se establecía en el artículo 199.2 del TRLCSP (cuatro años, salvo en casos excepcionales debidamente justificados) para señalar que tendrá una duración limitada y determinada en los pliegos, debiendo estar abierto durante todo el período de vigencia a cualquier empresa interesada que cumpla los criterios de selección.

A tenor del artículo 224.7 de la LCSP, los órganos de contratación informarán a la Comisión Europea de cualquier cambio del periodo de vigencia establecido en el anuncio de licitación, bien a través del modelo de anuncio utilizado inicialmente en los casos en que el periodo de vigencia se modifique sin que se haya terminado el sistema, bien a través del anuncio de adjudicación del contrato cuando haya concluido el mismo.

3. Modifica la vinculación del mismo con el procedimiento abierto para seguir las normas del procedimiento restringido, con las especialidades que se establecen en los artículos 223 a 226.

4. Permite que los órganos de contratación puedan articularlo en categorías definidas objetivamente de productos, obras o servicios, siempre que especifiquen los criterios de selección que se apliquen a cada catego-

(310) «*Compras corrientes*» decía la Directiva 2004/18/CEE, Considerandos 12 y 13.

(311) Sobre su preponderancia sobre el Acuerdo Marco a efectos de competencia véanse los siguientes documentos de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia: Informes INF/CNMC/072/2017, de 9 de mayo, sobre los pliegos del Acuerdo Marco para el suministro de elementos y sistemas de seguridad, y AM 14/2017, de 26 de octubre, sobre los pliegos que rigen la contratación del Acuerdo Marco para el suministro de vehículos turismos.

ría y que señalen los criterios objetivos válidos para definirlos a cuyos efectos se admitirán, entre otros, el volumen máximo admisible de contratos que el órgano de contratación prevea adjudicar en el marco del sistema, o la zona geográfica específica donde vayan a ejecutarse estos contratos específicos.

b) IMPLEMENTACIÓN

De acuerdo con la modificación del procedimiento de adjudicación que ha de aplicarse a este sistema, el artículo 224 de la LCSP introduce las siguientes novedades:

1. Con carácter previo a la adjudicación de contratos específicos, señala lo siguiente:

– Especifica que el anuncio de licitación del sistema deberá publicarse en el perfil de contratante con indicación de su período de vigencia.

– Sustituye la referencia que se hacía en el artículo 200.2.b) del TRLCSP respecto a que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares debería precisarse, además de los demás extremos que resulten pertinentes, la naturaleza de los contratos que podrán celebrarse mediante el sistema, para señalar que en los pliegos, al menos, se deberá indicar la naturaleza y la cantidad estimada de compras previstas.

– Sustituye la referencia a toda la información necesaria para incorporarse al sistema, por la relativa a la información necesaria relativa al sistema dinámico de adquisición, en particular el modo de funcionamiento del mismo.

– Señala que se deberá indicar toda división en categorías de productos, obras o servicios y las características que definen dichas categorías.

– Sustituye la referencia que se hacía en el artículo 224.5.d) del TRLCSP a ofrecer un acceso sin restricción por medios electrónicos, informáticos y telemáticos a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a la documentación complementaria, por la relativa a ofrecer un acceso libre, directo y completo, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, durante todo el período de vigencia del sistema, a los pliegos de la contratación, de conformidad con el artículo 138.

2. A diferencia del artículo 200.1 del TRLCSP que, en el entorno de un procedimiento abierto, señalaba que todos los licitadores que cumplan los criterios de selección y que hayan presentado una oferta indicativa que se ajuste a lo señalado en los pliegos serían admitidos en el sistema, ahora, con la modificación introducida en el artículo 222.1 que vincula este sistema al procedimiento restringido, el artículo 222.2 dispone que



serán admitidos todos los solicitantes que cumplan los criterios de selección, sin que pueda limitarse el número de candidatos admisibles en el mismo.

c) INCORPORACIÓN AL SISTEMA

El artículo 225 de la LCSP introduce las siguientes novedades, derivadas en parte de la vinculación del sistema al procedimiento restringido establecida en el artículo 222.1:

1. El plazo mínimo para la presentación de las solicitudes de participación será de treinta días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. En ningún caso podrá ampliarse este plazo una vez enviada la invitación escrita a los candidatos para la primera contratación específica en el marco del sistema dinámico de adquisición.

2. Los órganos de contratación evaluarán estas solicitudes de participación, de conformidad con los criterios de selección, en el plazo de los diez días hábiles siguientes a su recepción. Dicho plazo podrá prorrogarse a quince días hábiles en casos concretos justificados, en particular si es necesario examinar documentación complementaria o verificar de otro modo si se cumplen los criterios de selección.

No obstante, mientras la invitación para la primera contratación específica en el marco del sistema dinámico de adquisición no haya sido enviada, el órgano de contratación podrá ampliar nuevamente el plazo de evaluación. Durante este tiempo destinado a la evaluación de las solicitudes, el órgano de contratación no podrá enviar ninguna invitación para la presentación de ofertas.

Los órganos de contratación deberán indicar en los pliegos si hay posibilidad de prórroga del plazo y, en caso afirmativo, su duración.

3. Los órganos de contratación informarán lo antes posible a la empresa que solicitó adherirse al sistema dinámico de adquisición de si ha sido admitida o no.

5. Cuando los candidatos hubieran acreditado el cumplimiento de los criterios de selección mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 de la LCSP, los órganos de contratación podrán exigirles en cualquier momento del período de vigencia del sistema dinámico de adquisición que presenten una nueva declaración responsable renovada y actualizada. La misma deberá ser aportada por el candidato dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que este fue requerido. Durante todo el período de vigencia del sistema dinámico de adquisición será de aplicación el apartado 3 del artículo 140.



d) ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS ESPECÍFICOS

El artículo 226.1 de la LCSP coincide en su redacción con lo previsto en el artículo 202.1 del TRLCSP en relación a la necesidad de que cada contrato específico que se pretenda adjudicar en el marco de un sistema dinámico de adquisición deberá ser objeto de una licitación.

Sin embargo, el mismo artículo 226 introduce las siguientes novedades:

1. Los órganos de contratación invitarán a todas las empresas que hubieran sido previamente admitidas al sistema dinámico a presentar una oferta en cada licitación que se celebre en el marco del mismo, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 162.4 y 163.2 de la LCSP.

Cuando el sistema se hubiera articulado en varias categorías de productos, obras o servicios, invitarán a todas las empresas que previamente hubieran sido admitidas en la categoría correspondiente.

2. El plazo mínimo para la presentación de ofertas será de diez días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita.

13. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

A. Planteamiento conceptual

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, reconocía como uno de sus objetivos, aparte de la garantía de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (312), el de asegurar que en la contratación del Sector Público se produce una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Sobre el concepto de oferta económicamente más ventajosa, es preciso recordar que, desde un punto de vista formal, la LCSP aprovechó la oportunidad para incorporar a nuestra legislación, y de ahí al TRLCSP, la terminología comunitaria de la Contratación Pública.

De este modo, los antiguos términos de «subasta» y «concurso» subsisten bajo nombres más ajustados al contexto europeo que se subsumen en la expresión «oferta económicamente más ventajosa» que remite, en

(312) Véase Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero.

definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos de adjudicación, ya se utilice un único criterio (el precio) o una multiplicidad de ellos.

Ahora en la LCSP se da un paso más en el proceso de incorporación a la normativa nacional del derecho comunitario de la Contratación Pública. Siguiendo los Considerandos 89 a 92 y el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE, cabe señalar las siguientes consideraciones:

1. La noción de criterios de adjudicación es clave, por lo que resulta importante que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible.

2. Puede conseguirse utilizando el término «*oferta económicamente más ventajosa*» como concepto preponderante, puesto que, 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.

3. Sin embargo, para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos bajo este concepto en la Directiva 2004/18/CE, procede utilizar una terminología distinta.

4. Así la «*oferta económicamente más ventajosa*» podrá determinarse de estas maneras:

– Sobre la base del «*precio o menor coste*» (313), utilizando un planteamiento que atienda a la «*relación coste-eficacia*», como el cálculo del coste del ciclo de vida basado en criterios de rentabilidad.

– Pudiendo incluir, además, la «*mejor relación calidad-precio*», que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate (314).

B. **Ámbito de aplicación subjetivo**

Respecto a la búsqueda de cuál ha de resultar en cada caso la mejor oferta en los contratos que celebren las entidades del Sector Público, la LCSP distingue, a la hora de regular los criterios de adjudicación del contrato, lo siguiente:

1. Cuando todo contrato que celebre por una Administración Pública-Poder Adjudicador, se le aplicará plenamente lo señalado en la misma

(313) Véase la Resolución del TACRC número 1096/2017, de 17 de noviembre.

(314) Véase la Resolución del TACRC número 1040/2017, de 10 de noviembre.



respecto a la fijación de criterios de adjudicación (Libro Segundo «De los contratos de las Administraciones Públicas», Título I «Disposiciones generales», Capítulo I «De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas», Sección 2.^a «De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas»).

2. Cuando los contratos se realizan por entidades del Sector Público que no son Administración Pública-Poder Adjudicador, la LCSP distingue los siguientes supuestos:

- Contratos sujetos a regulación armonizada:

El artículo 317 introduce la novedad de que les resultará aplicable el régimen previsto para una Administración Pública-Poder Adjudicador, sin salvedad alguna como se hacía en el artículo 190 del TRLCSP.

- Contratos no sujetos a regulación armonizada: El artículo 318 distingue entre estas situaciones:

- Que el contrato tenga un valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros: Podrán adjudicarse bajo las mismas condiciones que el artículo 131.3 prevé para un contrato menor, es decir, directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato (315).

- Que el contrato tuviera un valor estimado igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros, en los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, o igual o superior a 15.000 euros e inferior a 144.000 o 221.000, en los contratos de contratos de servicios y suministros:

En este caso, los autores de esta obra entienden lo siguiente:

- Que esta nueva regulación supone la supresión para estos contratos de la aplicabilidad de las instrucciones internas en el caso de una No Administración Pública-Poder Adjudicador.

(315) Véase el apartado 2.1 sobre «*Calificación jurídica de los contratos previstos en el artículo 318.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*» de la Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la LCSP en la que se concluye que «... es criterio de esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios de valor estimado inferior a 40.000 euros, y los contratos de servicios y suministros de valor estimado inferior a 15.000 euros, a los que se refiere el artículo 318.a) de la LCSP, coinciden conceptualmente con los contratos menores del artículo 118 de dicho texto legal, y quedan sujetos a las previsiones contenidas en este último precepto».

De acuerdo con lo señalado, queda evidenciada la voluntad del Legislador de hacer desaparecer las instrucciones internas respecto de los contratos no armonizados de una No Administración Pública-Poder Adjudicador, tal y como se regulaba en el artículo 191. *b*) del TRLCSP (316), y solamente subsistirán en relación a un No Poder Adjudicador. Ello tendrá estas consecuencias:

- Desde la entrada en vigor de la LCSP, han de adjudicar sus contratos no armonizados conforme al artículo 318. *b*), es decir, conforme al régimen procedimental y sustantivo definido por la norma legal respecto del procedimiento escogido para la licitación, sin perjuicio de lo previsto en la disposición transitoria primera de la LCSP respecto de los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor que se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por el TRLCSP.

- Solamente cabría admitir la existencia de instrucciones internas a los efectos meramente internos y organizativos pero en ningún caso respecto a sus efectos en relación a los licitadores. Por lo tanto, en este caso debe contemplarse en las mismas expresamente que su eficacia será meramente interna, reproduciendo el mandato del artículo 318. *b*), y explicitando que su aprobación no desplaza la aplicación obligatoria de los correspondientes preceptos legales.

Esta conclusión se ve afectada por el contenido de la disposición transitoria quinta de la LCSP que, a juicio de los autores de esta obra, ha de ser interpretada de la siguiente manera (317):

- Cita el Título III («*Los entes a los que se refiere el Título Tercero...*») pero no especifica el Libro a que se refiere. Por este motivo, en razón a su contenido (instrucciones internas de contratación), y a la sistemática en la que se incluyen los artículos 316 a 320 de la LCSP, cabe colegir que se refiere al Libro Tercero de la LCSP.

- Sin embargo, en coherencia con el artículo 318. *b*), solamente cabe referir la posibilidad de emplear las instrucciones internas de contratación un No Poder Adjudicador.

Como conclusión a las premisas anteriores, a juicio de los autores de esta obra, la disposición transitoria quinta de la LCSP únicamente resultará aplicable a un No Poder Adjudicador que, en consecuencia, será el úni-

(316) Exponendo IV párrafo trigésimo octavo de la LCSP que señala que «*En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación*».

(317) Véase el apartado 2.3 sobre «*Posibilidad de que los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública aprueben instrucciones o documentos con carácter interno que regulen su contratación. Interpretación de la disposición transitoria quinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*» de la Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018.



co que tenga que adaptar sus instrucciones internas a lo previsto en la LCSP.

- Que, como ya se ha señalado, la referencia a la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo resulta comprensiva de la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en el LCSP para una Administración Pública-Poder Adjudicador, a pesar de la referencia específica a que estos contratos se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la citada Sección (abierto, restringido, diálogo competitivo, asociación para la innovación y concursos de proyectos, y licitación con negociación y publicidad), con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168. Por tanto, un No Administración Pública-Poder Adjudicador- podrá optar por aplicar cualquiera de los procedimientos de contratación aplicables a un Administración Pública-Poder Adjudicador lo que debe entenderse como una remisión íntegra a la regulación aplicable a cada uno de estos procedimientos, siempre que además se cumplan los requisitos de acceso a cada uno de ellos pues lo contrario resultaría contrario a la finalidad de la norma y no debe reconocerse como ajustada a derecho (318).

3. Cuando los contratos se realizan por entidades del Sector Público que no son poderes adjudicadores, la LCSP distingue entre:

- El artículo 321.1 dispone, al igual que hacía el artículo 192 del TRLCSP, que los órganos competentes de estas entidades aprobarán unas instrucciones (319) en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.

Desde el mencionado punto de vista, en principio, nada se opondría en el plano material a que en dichas instrucciones se pudiera seguir facultativamente lo establecido en la LCSP para los contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador.

- No obstante, el párrafo segundo del citado artículo 321, introduce la novedad de que puedan adjudicarse, sin aplicar las instrucciones aprobadas por dichas entidades, los siguientes contratos:

(318) Véase el apartado 2.2 sobre *«Interpretación del artículo 318.b) de la Ley a los efectos de la utilización de cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público»* de la Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018.

(319) Disposición transitoria quinta. Instrucciones internas de contratación. Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 317 y 321 319 en el plazo máximo de 4 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.



- Los que tengan un valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros: En estos contratos, al igual que ya se ha señalado para los celebrados por una no Administración Pública-Poder Adjudicador, podrán adjudicarse bajo las mismas condiciones que el artículo 131.3 prevé para un contrato menor, es decir, directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

- Los contratos o acuerdos de valor estimado igual o superior a 40.000 euros, en los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, en los contratos de contratos de servicios y suministros, o los que se concierten para la selección de proveedores, la adjudicación deberá recaer en la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, y excepcionalmente podrá efectuarse atendiendo a otros criterios objetivos que deberán determinarse en la documentación contractual, siempre que se respeten en todo caso los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia.

14. CAUSAS DE INVALIDEZ

A. Principio general que condiciona la declaración de invalidez

Conviene recordar, a juicio de los autores de esta obra, la doctrina jurisprudencial (320) que, basada en el principio de economía procesal, advierte sobre la impropiedad de declarar la invalidez de determinados actos que, una vez subsanado el defecto formal de otro preexistente, resultarían idénticos desde el punto de vista material. Esto podría ocurrir, por ejemplo, en caso de que una vez solventada la invalidez ninguna oferta o proposición hubiese resultado rechazada por dicho motivo, es decir, nada hubiera cambiado (321).

B. Ámbito de aplicación

A diferencia de lo señalado en el TRLCSP, en el artículo 38 de la LCSP se extiende el ámbito de aplicación a los contratos celebrados por los po-

(320) Por todas, SSTS 27 de marzo de 1985, 31 de diciembre de 1985, 8 de mayo de 1986, 30 de noviembre de 1993 y 28 de abril 1999.

(321) Véase el artículo 51 de la LPACAP y la Resolución del TACRC número 241/2011, de 19 de octubre.

deres adjudicadores, superando la postura anterior, recogida en el artículo 31 del TRLCSP, que ceñía el mismo a los contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador cuando estuviesen sujetos a regulación armonizada.

De acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior, el artículo 41.2 de la LCSP dispone, también como novedad respecto de lo que se señalaba en el artículo 34.1 del TRLCSP, que, a los efectos exclusivos de dicha Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la LPACAP.

C. Causas de derecho administrativo

a) DE NULIDAD

Dentro del artículo 39.2, entre las causas de nulidad de derecho administrativo, se incluyen las siguientes aunque alguna ya estaba recogida a lo largo del texto del TRLCSP:

– En la letra *a*), la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato, así como la falta de clasificación, cuando ésta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario.

– En la letra *c*), la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas (322), en el DOUE (en lo sucesivo, DOUE) o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135.

– En la letra *d*), la inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación, y que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta.

(322) Orden HAP/188/2018, de 1 de febrero, por la que se regula la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Aragón y la publicación de los datos e informaciones referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación del Sector Público de Aragón a través de Internet.

– En la letra *e*), haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.

– En la letra *f*), el incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.

– En la letra *g*), el incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE.

b) DE ANULABILIDAD

El artículo 40 de la LCSP, en su primer párrafo, recoge la redacción que se establecía en el artículo 33 del TRLCSP. Sin embargo, a continuación, introduce la novedad de enumerar las siguientes causas de anulabilidad:

– El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos (arts. 204 y 205).

– Todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

– Los encargos a medios propios cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 32.

c) EFECTOS

El artículo 42 en sus apartados 1, 2 y 3 reproducen el tenor literal de los mismos apartados del artículo 35 del TRLCSP:

En este sentido, el contrato declarado nulo entrará en fase de liquidación. Ninguna de las partes puede exigir la continuación del contrato, por lo que éste entra en liquidación como operación contraria a la de su cum-



plimiento. Declarada la nulidad, deberán «*restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuera posible se devolverá su valor*». Es preciso significar que, en ningún caso, el abono de cantidades que corresponda efectuar a consecuencia de dicha nulidad generará la aplicación de intereses por demora a tenor de la normativa contractual por la propia invalidez del negocio contractual (323).

En cuanto a los daños y perjuicios ocasionados por la ineficacia del contrato, se establece que, dado que la responsabilidad nace de la culpa, la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Se prevé la excepcional consolidación de los efectos contractuales, aunque los contratos sean técnicamente ineficaces, motivada por la satisfacción de los intereses generales que tiene encomendada la Administración.

Sin embargo, adiciona un nuevo apartado 4 en virtud del cual la declaración de nulidad de los actos preparatorios y no preparatorios del contrato así como de su adjudicación podrá ser acordada por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En relación con la posible aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en caso de la declaración de la invalidez de un contrato (324), por ejemplo (325), con motivo de la ejecución de una obra para la Admi-

(323) Véase STSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2012, en la que se cita la STS de 24 de octubre de 2005.

(324) STS de 21 de marzo de 1991. STSJ de Islas Baleares de 14 de mayo de 2013 analiza el caso de unos servicios, no negados por la Administración pero encargados por un Jefe de Gabinete de una Consejería, personal eventual y sin competencia por tanto para contratar (lo hacía a través de «*Hojas de Encargo*» en las que firmaba) y en cuyas facturas se estampaba un sello con la leyenda «*Conforme*», pero respecto de los cuales se niega el pago porque no aparece en el expediente decisión, acuerdo o manifestación de voluntad en el sentido de contratar los trabajos reclamados por parte de ningún órgano administrativo con competencias en materia de contratación. SSTS, entre otras, de 28 de abril de 2008, de 22 de mayo y 21 de septiembre del 2000, 30 de septiembre de 1999 y 14 de enero de 1997. En la de 22 de mayo del 2000 precisa que las cantidades a cuyo pago se condena al Ayuntamiento no se derivan de un contrato administrativo sino en la llamada «*gestión de negocios de la Administración*», trasplante al campo del Derecho público de la teoría de la «*negotiorum gestio*» como fuente de las obligaciones, afirmando que existe un cuasi contrato de gestión de negocios ajenos y, además, en el principio de evitar el enriquecimiento sin causa.

(325) A título informativo, en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (SSTS de 20 de diciembre de 1983, de 2 de abril de 1986, de 11 de mayo de 1995, y de 8 de abril de 1998) o en modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (SSTS de 12 de febrero de 1979, de 12 de marzo de 1991, de 4 de marzo de 1997), obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (STS de 22 de noviembre de 2004), prorroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la administración (STS de 13



nistración y del necesario mantenimiento del equilibrio económico (326) que originaría la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto, o de la situación generada porque determinados hechos de la Administración han generado razonablemente en el particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con ella (327). En estos casos, es preciso tener en cuenta, en virtud tanto del origen civil como de las peculiaridades que aportó el Derecho Administrativo para la construcción de la figura del enriquecimiento injusto (328), los requisitos (329) que han de concurrir para que pueda hablarse de este tipo de enriquecimiento:

1. Debe existir un aumento del patrimonio del enriquecido y un correlativo empobrecimiento de la parte actora.

de julio de 1984), y el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (STS de 11 de julio de 2003).

(326) SSTs de 27 de abril y 12 de mayo de 2008, en las que se citan las 25 de febrero de 1991, de 20 de diciembre de 1983 y de 2 de abril de 1986.

(327) STS de 18 de julio de 2003.

(328) En ciertos supuestos puede suceder que el órgano de contratación provoque un comportamiento que no se ajustare estrictamente a la legalidad aplicable pero que hubiese consumado una situación que, si la Administración no cargare con los gastos generados en base a alegar la invalidez por ella provocada, daría lugar a una situación de enriquecimiento injusto en su favor (STSJ de Galicia de 3 de marzo de 2011 en la que se planteó una situación en la que un contratista siguió realizando estudios de anatomía patológica en base a un contrato que, aunque no admitía prórroga, contemplaba una cláusula en virtud de la cual se indicaba que *«en el caso de que no se produjera la prórroga, el adjudicatario se compromete a seguir prestando el servicio con los mismos ratios de calidad hasta que se solviente la cobertura del mismo»*; STS de 12 enero 2012, en la que analiza el problema de una cartografía que incurría en errores lo que determinó la necesidad de subsanación que le fue ordenada al contratista por la Demarcación de costas; SAN de 24 de febrero de 2014 (celebrado por ADIF para la infraestructura del AVE Madrid-Barcelona), en la que el citado Tribunal señala que el documento que se anexaba a los PPTS, denominado *«Plan Marco»* y en el que se establecía la genérica obligación de que el contratista asumía el gasto generado por *«la supresión de trenes, trasbordos o cualquier otro gasto ocasionado a la circulación ferroviaria»*, no permitía que éste debiera sufragar el servicio alternativo de transporte de viajeros por autobuses. Por dicho motivo, el Tribunal reconoce el derecho del contratista al cobro de dichos gastos al margen del contenido obligatorio derivado del propio contrato y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte de la Administración contratante).

Pues bien, a pesar de que una situación como la descrita ocasionaría las consecuencias anulatorias correspondientes, sin embargo también ha de determinar que sea adecuado acudir a la doctrina relativa a la proscripción del enriquecimiento injusto (SSTs de 18 de julio del 2003, de 6 de febrero del 2004, y de 16 de diciembre del 2007) como elemento determinante de la subsistencia de una residual obligación indemnizatoria por parte de aquella Administración ya que, si no fuera así, la misma se beneficiaría en caso de su impago de su propio comportamiento administrativo-procedimental desviado, defraudando la confianza legítima y la buena fe siquiera iniciales. Para ello, debe recordarse que aunque la doctrina del enriquecimiento injusto es de origen civil, sin embargo su inequívoca aplicación en el específico ámbito del Derecho Administrativo, requiere la concurrencia acumulativa de los siguientes requisitos (SSTs de 16 de abril de 2002, de 23 de junio de 2003, de 18 de junio de 2004 y de 11 de julio de 2005):

- El aumento del patrimonio del enriquecido y correlativo empobrecimiento de la parte actora.
- La concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante.
- La ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento.
- La inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de la citada doctrina.

(329) SSTs de 16 de abril de 2002, de 23 de junio de 2003, de 18 de junio de 2004, y de 11 de julio de 2005, sobre la base de la STS civil de 28 de enero de 1956.



2. Ha de concretarse ese proceso de empobrecimiento en la concreción de un daño emergente o de un lucro cesante.
3. Debe concurrir una ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento.
4. Ha de no existir un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio.

D. Causas de derecho civil

Sobre estas causas el artículo 43 reitera la misma redacción que se efectuaba en el artículo 36 del TRLCSP, en virtud de la cual la invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere el artículo 38, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer, cuando el contrato se haya celebrado por una Administración Pública-Poder Adjudicador, se someterá a lo previsto en la LPACAP para los actos y contratos administrativos anulables.

E. Complementariedad de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

Como complemento a lo señalado, es preciso traer a colación la responsabilidad sancionadora que se deriva de lo previsto en la LTAIP que establece que determinados órganos de contratación con competencia originaria (Ministros y Secretarios de Estado en el ámbito de la Administración General del Estado, u órganos equivalentes en el seno de la Administración autonómica o local) o derivativa, por desconcentración o delegación de competencias, que tengan la consideración de altos cargos a tenor de la normativa en materia de conflictos de intereses, incluidos los miembros de las Juntas de Gobierno de las Entidades Locales, podrán ser objeto de infracción muy grave en materia de gestión económico-presupuestaria por alguna de las siguientes conductas culpables:

- Haber acordado compromisos de gastos, reconocimiento de obligaciones y ordenación de pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la LGP, o en la de Presupuestos u otra normativa presupuestaria que sea aplicable (330).

(330) Artículo 28.c) de la LTAIP.

– Haber procedido a la aprobación del expediente de contratación y del gasto, del compromiso de gasto o del reconocimiento de la obligación con omisión del trámite de intervención previa, cuando ésta resulte preceptiva, o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria (331).

Las sanciones aplicables en estos casos serán la declaración del incumplimiento y su publicación en el BOE o diario oficial que corresponda; la no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo; la destitución del cargo salvo que ya hubiesen cesado y la prohibición de ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años; la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente; y la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la LGP (332).

Cuando las citadas infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras la autoridad judicial no dicte una resolución que ponga fin al proceso penal.

15. PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS

A. Modelo esencialmente formalista

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, después de la reforma producida por la Ley 34/2010 (333) abandonó totalmente el principio general imperante en nuestro ordenamiento que señalaba que los contratos quedaban perfeccionados con la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente. La razón de una reforma tan profunda como ésta vino motivada por la STJUE de 3 abril de 2008 (334) en la que el citado Tribunal se encargó de poner blanco sobre negro al señalar básicamente dos ideas claves que hicieron saltar por los aires el débil armazón jurídico que sustentaba el régimen de recursos en materia de contrata-

(331) Artículo 28.d) de la LTAIP.

(332) Artículo 30 de la LTAIP.

(333) Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

(334) Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, Asunto C-444/06.

ción y, como necesaria premisa, era necesario modificar la propia naturaleza de los Contratos del Sector Público que de este modo, hasta la reforma introducida por la LCSP respecto de los contratos menores (335) y los contratos basados y específicos celebrados como efecto de un acuerdo marco o un sistema dinámico de adquisición, ha pasado a considerar la formalización como elemento constitutivo de la perfección de los contratos.

En la sentencia citada, el Tribunal (336) señaló que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 2, apartado 1, letras *a)* y *b)*, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notificara la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y, al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración, no permitía la interposición de un recurso eficaz con anterioridad a la existencia del contrato (337).

(335) Por ejemplo, a tenor del artículo 310.3 de la LCSP, en el caso de la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, la existencia de los contratos se acreditará mediante la designación o nombramiento por autoridad competente.

(336) En función de lo señalado, la regulación del recurso especial introducido en el artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, adolecía de varias debilidades.

- No permitía impugnar ninguna decisión o acto de los órganos de contratación posterior a la decisión de adjudicación provisional, es más, no permitía la impugnación del acto de la adjudicación definitiva que es la que realmente suponía la perfección del contrato, ya que no se preveía un periodo de espera obligatorio entre la notificación de la decisión a los licitadores interesados y la celebración del contrato, y tampoco de las decisiones relativas a la evaluación de los documentos que acrediten que el licitador, al que se haya adjudicado provisionalmente el contrato, se hallaba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, que tengan por objeto acreditar la aptitud del adjudicatario para ejecutar el contrato o que justifiquen la correcta constitución de la garantía. En la medida en que el acto de adjudicación implicaba *de iure* la celebración del contrato, resultaba de ello que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no podía ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato.

- Se ponía en entredicho la brevedad del plazo para la interposición del recurso especial, a contar desde la notificación del acto de adjudicación provisional que podía efectuarse por la publicación en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, ya que se estimaba que no en todos los casos era suficiente para garantizar la eficacia del propio recurso en cuanto que los licitadores que consideraran lesionados sus derechos podían no disponer de la posibilidad real de recurrir.

- Se cuestionaba que, aunque se hubiera notificado la decisión de adjudicación provisional, los motivos de la misma podían no haberse dado a conocer a los licitadores, pues ha de mediar previa solicitud para obtener dicha información.

- El recurso especial no permitía recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación, toda vez que la competencia para su resolución se había residenciado en el mismo órgano de contratación o en el organismo al que dicho órgano se encontrara adscrito.

(337) En contra de lo manifestado por la Administración española que defendía que con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se habían solventado



Por todas las razones apuntadas, el TJUE deduce que resultaba necesario reformar el sistema tradicional de perfección de los Contratos del Sector Público y, a partir del mismo, diseñar un nuevo régimen de recursos en materia de Contratación Pública. Ello exigía cambiar el modelo antiformalista en el que la forma escrita, aunque obligatoria, carecía de carácter constitutivo a un sistema que considerase que el contrato se perfeccionara con su formalización.

En la LCSP, con la matización ya realizada en cuanto a los contratos menores (338) y los contratos basados y específicos celebrados como efecto de un acuerdo marco o un sistema dinámico de adquisición, mantiene que los contratos públicos quedarán perfeccionados con su formalización.

B. Formalización contractual

Sin perjuicio de que la figura de la formalización contractual sea objeto de un análisis más pormenorizado a lo largo de esta obra a propósito de la fase externa del contrato, en la misma se distingue entre los celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador a los efectos de la LCSP para los que resultará de aplicación lo previsto en el artículo 153, y el resto

las debilidades observadas por el TJUE. Por Carta PRE-228 2190/2002, de fecha 24 de abril de 2008, la Comisión Europea se dirigió a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea señalando que, en el plazo de dos meses a contar desde la sentencia, deberían comunicarse las medidas adoptadas o que se proponga adoptar el Gobierno español para dar cumplimiento a la referida sentencia. En contestación al requerimiento de la Comisión, en informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 23 de mayo de 2008, se subrayaba que, a principios del mes de mayo de 2008 había entrado en vigor la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la que se realizaba un notable esfuerzo para superar el déficit de regulación de la legislación nacional en cuanto a los recursos en materia de contratación, concluyendo que la nueva Ley cumplía con las exigencias de la Sentencia de 3 de abril de 2008. A través de la Carta de emplazamiento 228 2190/2002 la Comisión Europea señala que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, no cumplía las exigencias derivadas del aludido fallo del Tribunal de Justicia e invitaba al Gobierno español a remitirle sus observaciones en un plazo de dos meses. En informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 25 de febrero de 2009, se da respuesta a las observaciones formuladas por la Comisión y se concluía que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cumplía las exigencias derivadas de la sentencia. Finalmente, en el Dictamen motivado 260 2190/2002 la Comisión Europea reitera su conclusión y emplaza al Gobierno de España a adoptar las medidas requeridas en el plazo de dos meses. En nuevo informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 8 de febrero de 2010 se insiste una vez más en que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, daba adecuado cumplimiento a las exigencias derivadas de la sentencia pero, dado el carácter que iban tomando los acontecimientos con la Comisión, finalmente se decidió señalar que en la elaboración del anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2007/66/CEE se tendrían en cuenta todas las consideraciones hechas por la Comisión para ajustar dicha regulación al Dictamen motivado.

(338) Por ejemplo, a tenor del artículo 310.3 de la LCSP, en el caso de la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, la existencia de los contratos se acreditará mediante la designación o nombramiento por autoridad competente.



de contratos privados realizados por el resto de entidades del Sector Público. En este último caso, la LCSP introduce estas novedades respecto de lo que se regulaba en los artículos 190.1.a), 191 y 192 del TRLCSP:

– Cuando se trate de un contrato celebrado por una no Administración Pública-Poder Adjudicador:

- Si el contrato está sujeto a regulación armonizada, a tenor del artículo 317, se formalizará igual que una Administración Pública-Poder Adjudicador.

- Si el contrato no está sujeto a regulación armonizada, en cuyo caso hay que distinguir, en virtud de lo dispuesto en el artículo 318, estos supuestos:

- En el caso de que el contrato tenga un valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros: Se formalizarán, a tenor de lo previsto en el artículo 153.2 de la LCSP, en la forma prevista para los contratos menores, es decir, a tenor de la acreditación de la existencia de los documentos a los que se refiere el artículo 118.

- Cuando el contrato tuviera un valor estimado igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros, en los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, o igual o superior a 15.000 euros e inferior a 144.000 o 221.000, en los contratos de contratos de servicios y suministros: En este caso, los autores de esta obra entienden que, la referencia que se hace en el artículo 318.b) de la LCSP a la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, posibilita que estos contratos se hayan de formalizar igual que una Administración Pública-Poder Adjudicador.

– Cuando se trate de un contrato celebrado por un no Poder Adjudicador:

- El artículo 321.1 dispone, al igual que hacía el artículo 192 del TRLCSP, que los órganos competentes de estas entidades aprobarán unas instrucciones (339) en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discrimina-

(339) Disposición transitoria quinta. Instrucciones internas de contratación.

Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 317 y 321 319 en el plazo máximo de 4 meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.

ción, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.

Desde el mencionado punto de vista, en principio, nada se opondría en el plano material a que en dichas instrucciones se pudiera seguir facultativamente lo establecido en la LCSP para los contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador.

- No obstante, el párrafo segundo del citado artículo 321, introduce la novedad de que puedan adjudicarse, sin aplicar las instrucciones aprobadas por dichas entidades, los siguientes contratos:

- Los que tengan un valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros: En estos contratos, al igual que ya se ha señalado para los celebrados por una no Administración Pública-Poder Adjudicador, se formalizarán, a tenor de lo previsto en el artículo 153.2 de la LCSP, en la forma prevista para los contratos menores, es decir, a tenor de la acreditación de la existencia de los documentos a los que se refiere el artículo 118.

- Los contratos o acuerdos de valor estimado igual o superior a 40.000 euros, en los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, en los contratos de contratos de servicios y suministros, o los que se concierten para la selección de proveedores: En este caso, a juicio de los autores de esta obra, debería seguirse en cuanto a su formalización lo ya señalado respecto al artículo 321.1, es decir, a lo previsto en sus instrucciones internas en materia de contratación pública en las que, en principio, podría optarse facultativamente por aplicar lo previsto para los contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador.

16. REMISIÓN DE INFORMACIÓN CONTRACTUAL

A. **Al Tribunal de Cuentas**

La Contratación Pública constituye uno de los objetivos prioritarios en la actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas, pues se trata de una de las áreas de la actividad del Sector Público que mayor volumen de recursos económicos consume.

En este sentido, la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en lo sucesivo, LFTC), dispone en su artículo 39 que

estarán sujetos a fiscalización los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del Sector Público (340).

De modo paralelo, la LCSP, como ya hacía el TRLCSP, regula en su artículo 335 la necesaria remisión al Tribunal de Cuentas (341) u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma de determinada información en materia de contratación pública. En dicho precepto se introducen las siguientes novedades respecto de lo que se señalaba en el artículo 29 del TRLCSP:

1. Se mantiene el plazo de remisión de la documentación (tres meses siguientes a la formalización del contrato), la documentación a remitir (copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado), así como sus límites cuantitativos (600.000 euros para obras, concesiones de obras, concesiones de servicios y acuerdos marco; 450.000 euros para suministros; y 150.000 euros para servicios y de contratos administrativos especiales), pero se distinguen estos supuestos:

– En relación a los contratos, se modifica la referencia a su cuantía por la de su precio de adjudicación, lo que supone la inclusión del IVA a tenor de lo previsto en el artículo 102.1.

– En el caso de los acuerdos marco, se introduce la novedad de referenciarlo en su valor estimado. A propósito de esta reforma, a juicio de los autores de esta obra, se observa una omisión importante en relación a los sistemas dinámicos de adquisición.

2. Respecto al resto de contratos, de precio de adjudicación o valor estimado inferior a dichos límites cuantitativos, se señala, en el último párrafo del mencionado artículo 321, que, además, se remitirá una relación del resto de contratos celebrados incluyendo los contratos menores, excepto aquellos que siendo su importe inferior a 5.000 euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía. Dichas relaciones se ordenarán por

(340) Con independencia de lo señalado, el Tribunal de Cuentas podrá requerir el envío de documentación adicional en relación con cualquier contrato haya sido o no incluido en las obligaciones señaladas con anterioridad, a tenor del deber de colaboración previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y de lo expresamente establecido en los referidos artículos 40.2 LFTC y 335 de la LCSP.

(341) Resolución de 10 de diciembre de 2013, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2013, sobre la instrucción general relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos, convenios y encomiendas de gestión celebrados por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, y Resolución de 23 de diciembre de 2015, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 22 de diciembre de 2015, por el que se aprueba la Instrucción relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones anuales de los contratos celebrados por las entidades del Sector Público Local.

adjudicatario. Esta remisión podrá realizarse directamente por vía electrónica por la Plataforma de Contratación donde tenga ubicado su perfil del contratante el correspondiente órgano de contratación.

Un análisis comparativo del mencionado artículo 39 de la LFTC y del artículo 335 de la LCSP permite poner de manifiesto la perpetuación de la situación de falta de coincidencia entre la regulación contenida en ambas normas, tanto en lo que se refiere al alcance de la información y documentación a enviar al Tribunal de Cuentas, como en lo relativo al momento de su remisión al mismo (342).

B. A efectos de Gobernanza

a) PLANTEAMIENTO GENERAL

La LCSP obliga a que los órganos de contratación den publicidad a los anuncios de licitación a través de diversos medios. De entre ellos, aparte de la exigencia de publicidad en los diferentes diarios y boletines oficiales tanto a nivel comunitario como interno en función de que los contratos se encontraran o no sujetos a regulación armonizada, reviste especial importancia, como ya se ha tenido oportunidad de analizar en esta obra, el papel que se otorga al perfil de contratante de tal modo que el incumplimiento de esta obligación puede convertirse en causa de invalidez del contrato. Asimismo, los perfiles de contratante han de estar alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

En base a la plasmación del principio de publicidad a través de los medios citados, los diversos órganos a los que la LCSP encarga la supervisión y seguimiento de la contratación pública pueden realizar las tareas que tiene encomendadas.

No obstante, los órganos de contratación tiene otras obligaciones específicas de comunicación de determinados informes y datos que afectan, por diferentes razones, a los contratos que realizan. Dentro de éstas, se encuentran las siguientes:

- Como ya se ha analizado en el apartado anterior de esta obra, las obligaciones de comunicación al Tribunal de Cuentas u órgano externo equivalente de fiscalización de las Comunidades Autónomas.
- Las comunicaciones al Registro Público de Contratos.

(342) Véase Resolución de 10 de diciembre de 2013, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2013, sobre la instrucción general relativa a la remisión telemática al Tribunal de Cuentas de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones de contratos, convenios y encomiendas de gestión celebrados por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico.

- Los informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos.
- La remisión de contratos de concesión de obras y de servicios e información al Comité Técnico de Cuentas Nacionales.
- La remisión de información relativa a contratación del Sector Público Autonómico y Local al Comité Técnico de Cuentas Nacionales.
- La aportación de información por las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

b) REGISTRO DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP efectúa una profunda revisión de la información a remitir por parte de las diferentes entidades del Sector Público (343), sobrepasando lo que se preveía en el artículo 30 del TRLCSP que se refería a la dirigida a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado o a los Registros de Contratos que pudieran existir en las Comunidades Autónomas (344), en los términos que reglamentariamente se determine.

Dicha reforma se concreta en el artículo 346 de la LCSP que introduce las siguientes modificaciones sobre lo que se regulaba en el artículo 333 del TRLCSP:

1. Aunque mantiene la naturaleza del Registro de Contratos del Sector Público como el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España, en el que se inscribirán bajo la responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Función Pública los datos básicos de los contratos adjudicados por las distintas Administraciones Públicas y demás entidades del sector público sujetas a la LCSP, sin embargo señala que dicha información deberá estar sistematizada siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional (345).

2. Señala, a juicio de los autores de esta obra de modo poco claro pues se refiere a los poderes adjudicadores que, como ya se ha analizado, posee un contenido muy técnico y concreto al amparo del artículo 3 de

(343) Orden EHA/1077/2005, de 31 de marzo, por la que se establecen los formatos y especificaciones de los medios informáticos y telemáticos para la remisión de datos de contratos al Registro Público de Contratos.

(344) Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

(345) Al objeto de garantizar la identificación única y precisa de cada contrato, se asignará a cada contrato un código identificador de acuerdo con las reglas de asignación de identificadores únicos que apruebe el Ministro de Hacienda y Función Pública. En la actualidad siguen vigentes las establecidas en los artículos 114 a 117 del RGTRLCAP (Anexo IX), en el que se recogen los datos que deben constar en el Registro dependiendo del tipo de contrato (obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría o asistencia) así como la Orden EHA/1077/2005, de 31 de marzo, por la que se establecen los formatos y especificaciones de los medios informáticos y telemáticos para la remisión de datos de contratos al Registro Público de Contratos.

la LCSP (346), que deberán concretarse los datos básicos de los contratos adjudicados, haciendo expresa referencia a estos extremos:

- En general, a la identidad del adjudicatario, el importe de adjudicación, junto con el desglose correspondiente del IVA.
- Curiosamente, en el caso de contratos menores cuyo precio fuera inferior a 5.000 euros, IVA incluido, y cuyo sistema de pago no se llevara a cabo a través del sistema de caja fija, ha de transmitirse más información: Deberá comunicarse el órgano de contratación, denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo del contrato e importe final.

En el caso de contratos excluidos de la LCSP o de contratos menores cuyo precio fuera inferior a 5.000 euros, IVA incluido, siempre que el sistema de pago utilizado fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, no deberá comunicarse dato alguno.

3. Realiza una expresa referencia a la LTAIP en relación al acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales y que no hayan sido previamente publicados de modo telemático y a través de Internet.

4. Mantiene la obligación del Gobierno de elevar anualmente a las Cortes Generales un informe sobre la contratación pública en España, a partir de los datos y análisis proporcionados por el Registro de Contratos del Sector Público, pero señala que, además, con posterioridad el Ministerio de Hacienda y Función Pública ha de ponerlo en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

c) INFORMES ESPECÍFICOS SOBRE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

El artículo 336 de la LCSP introduce la obligación de que los órganos de contratación redacten un informe escrito, que será remitido cuando lo soliciten a la Comisión Europea o al Comité de cooperación en materia de contratación pública, sobre cada contrato de obras, suministros o servicios o acuerdo marco, sujetos a regulación armonizada, así como cada vez que establezcan un sistema dinámico de adquisición, que incluya al menos la siguiente información:

- El nombre y dirección del poder adjudicador, y el objeto y precio del contrato, del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición.

(346) Debería haberse mantenido la redacción que se efectuaba en el artículo 333.3 del TRLCSP: «*Los órganos de contratación de todas las Administraciones públicas y demás entidades incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley...*».

– En su caso, los resultados de la selección cualitativa y/o la reducción del número de ofertas y de soluciones, de conformidad con lo establecido en la LCSP para los procedimientos restringido, de licitación con negociación, de diálogo competitivo, y de asociación para la innovación, con expresión concreta de los nombres de los candidatos o licitadores seleccionados y los motivos que justifican su selección, y de los nombres de los candidatos o licitadores excluidos y los motivos que justifican su exclusión.

– Los motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas.

– El nombre del adjudicatario y los motivos por los que se ha elegido su oferta, así como, si se conoce, la parte del contrato o del acuerdo marco que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros; y, en caso de que existan, y si se conocen en ese momento, los nombres de los subcontratistas del contratista principal.

– Para los procedimientos de licitación con negociación y los procedimientos de diálogo competitivo, las circunstancias establecidas en el artículo 168 y en el apartado 3 del artículo 172 que justifiquen el recurso a estos procedimientos.

– Por lo que respecta a los procedimientos negociados sin publicación previa, las circunstancias contempladas en el artículo 168 que justifiquen el recurso a dicho procedimiento.

– En su caso, los motivos por los que el poder adjudicador haya decidido no adjudicar o celebrar un contrato o un acuerdo marco o haya renunciado a establecer un sistema dinámico de adquisición.

– En su caso, los motivos por los que se han utilizado medios de comunicación distintos de los electrónicos para la presentación electrónica de ofertas.

– En su caso, los conflictos de intereses detectados y las medidas tomadas al respecto.

– En su caso, las medidas tomadas en el marco del artículo 70.

Dicho informe no será exigido por lo que respecta a contratos basados en acuerdos marco que se hubiese concluido con una única empresa o con varias cuando en el mismo se hubieran establecido todos los términos para efectuar su adjudicación.

En la medida en que el anuncio de formalización del contrato contenga la información requerida en el presente apartado, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a dicho anuncio.



d) REMISIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS Y DE SERVICIOS
E INFORMACIÓN AL COMITÉ TÉCNICO DE CUENTAS NACIONALES

Las disposiciones adicionales cuadragésima quinta y cuadragésima sexta de la LCSP, que a juicio de los autores de esta obra deberían haberse refundido en una sola disposición adicional, disponen, como novedad respecto del TRLCSP, que los órganos de contratación de los ámbitos del sector público autonómico y local deberán remitir al Comité Técnico de Cuentas Nacionales, creado por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 12 millones de euros, o en cuya financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

En base a dicha información, el Comité emitirá un informe sobre los efectos de la celebración de dichos contratos en las cuentas económicas de la Administración contratante.

e) APORTACIÓN DE INFORMACIÓN POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
Y DE LAS CIUDADES AUTÓNOMAS DE CEUTA Y MELILLA

El artículo 331 de la LCSP introduce la novedad de que, en el marco del principio de lealtad institucional, recogido en el artículo 3 de la LRJSP, y con la finalidad de que la JCCPE pueda cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 328 respecto a la Comisión Europea, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla remitirán, al menos cada 3 años, en formato electrónico al Comité de Cooperación en materia de contratación pública la siguiente información:

- Un informe en el que se recogerán los siguientes extremos:
 - Nivel de participación de las PYME en la contratación pública.
 - Información estadística sobre los contratos públicos de obras, suministros y servicios no sujetos a regulación armonizada, haciendo una estimación del valor agregado total de dichos contratos durante el periodo de que se trate.
 - Información sobre cuáles son los órganos encargados de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud del derecho de la Unión Europea en materia de la contratación pública.
 - Información sobre las iniciativas adoptadas para proporcionar orientación o ayuda gratuita en la aplicación de la normativa de la Unión Europea en materia de contratación pública o para dar respuesta a las dificultades.



tades que plantee su aplicación, así como para planificar y llevar a cabo procedimientos de contratación.

– Un informe, en relación a la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada, en el que se incluirán entre otras, si procede, las siguientes cuestiones (347):

- Una relación de los principales incumplimientos detectados.
- Información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta de la legislación de contratación pública o de inseguridad jurídica.
- Información sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación, así como sobre los problemas de colusión detectados.

17. GOBERNANZA

A. Órganos competentes

- a) OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN
(OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN)

Por el artículo 332 de la LCSP, se crea la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en lo sucesivo, OIRSC) con plena independencia orgánica y funcional aunque, a efectos puramente organizativos y presupuestarios, se adscribe al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Subsecretaría del Departamento (348). Las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias Oficinas de Supervisión de la Contratación.

(347) A juicio de los autores de esta obra, la referencia que se realiza en la letra b) del artículo 331 al artículo 332.7 es incorrecta ya que este apartado menciona las posibles acciones a desarrollar por el Comité de cooperación en materia de contratación pública. Se entiende que la referencia correcta debería hacerse al apartado 8 que trata sobre determinados aspectos que sí pueden ser objeto de informe de supervisión.

(348) Por Real Decreto 256/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE número 109, de 5 de mayo), se procedió a la creación, puesta en marcha y buen funcionamiento de la OIRSC, del Comité de Cooperación en materia de contratación pública, y de la JJCPE.

Dentro de ella se integra la Oficina Nacional de Evaluación (en lo sucesivo, ONE), con las siguientes competencias a tenor del artículo 333 de la LCSP:

1. Analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios. Para ello, con carácter previo a la licitación de estos contratos, evacuará informe preceptivo cuando se realicen aportaciones públicas o cuando el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen 1.000.000 de euros y la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente.

No obstante, a la vista de los resultados de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, la OIRSC podrá proponer la ampliación del ámbito previsto en el párrafo anterior.

2. Informar los acuerdos de restablecimiento del equilibrio de dichos contratos, cuando éstos ya fueron informados en materia de sostenibilidad financiera o cuando, sin haberlo sido, supongan la incorporación al contrato de alguno de los elementos que hubieran sido determinantes para la emisión de dicho informe.

En ambos casos, el Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública (en lo sucesivo, CCCP) (349) creado en el seno de la JCCPE, será el responsable de fijar las directrices apropiadas para asegurar que la elaboración de dichos informes se realicen con criterios suficientemente homogéneos.

El presidente de la OIRSC lo será también de la ONE, vocal nato de la JCCPE, con voz pero sin voto, y del CCCP.

La OIRSC tendrá las funciones siguientes:

1. Velar por la correcta aplicación de la legislación contractual a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.

2. Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas.

3. Combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública.

4. Coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público.

5. Velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación.

6. Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

(349) Constituido bajo la Presidencia del Subsecretario del Ministerio de Economía y Función Pública con fecha 19 de febrero de 2018 que, con la misma fecha, celebró su primera reunión.

A tal efecto, contará con los informes globales, que anualmente le remitirán la Intervención General de la Administración del Estado y los órganos equivalentes a nivel autonómico y local, y que recogerán los resultados más significativos de su actividad de control en la contratación pública.

En ejercicio de dichas funciones:

1. Aprobará, a propuesta del CCCP, la Estrategia Nacional de Contratación Pública.

2. Podrá realizar encuestas e investigaciones, para lo que tendrá acceso a los órganos y servicios de contratación, que deberán facilitar los datos, documentos o antecedentes o cualquier información que aquella les reclame, salvo que tengan carácter secreto o reservado. A la vista del resultado de las mismas, podrá remitir informes, a través del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a las Cortes Generales y, en su caso, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

3. Podrá aprobar instrucciones y las recomendaciones que serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector Público del Estado.

4. Elaborará un informe de supervisión, sobre la licitación pública y ejecución de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que estén sujetos a regulación armonizada, que remitirá a la JCCPE, que se integrará en el informe nacional a remitir a la Comisión Europea cada tres años.

5. Elaborará un informe anual que recogerá las conclusiones derivadas de toda la actividad de supervisión. Dicho informe será remitido a la Comisión Europea, a través de la JCCPE, y se publicará en la Plataforma de Contratación del Sector Público dentro del mes siguiente a su remisión.

6. Transmitirá a la ponencia de carácter permanente que se cree en la Comisión Mixta Congreso- Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, la más amplia información para hacer posible el control y la vigilancia de la contratación pública y la participación en las iniciativas de mejora normativa que se adopten en esta materia.

Su titular remitirá a las Cortes Generales y al Tribunal de Cuentas un informe anual sobre las actuaciones de la OIRSC.

Sus vocales asumirán responsabilidades funcionales específicas en materia de supervisión en relación con la ONE, participando en las sesiones del Comité, con voz pero sin voto.

En el caso de que la OIRSC tenga conocimiento de hechos constitutivos de delito o infracción a nivel estatal, autonómico o local, dará traslado inmediato, en función de su naturaleza, a la fiscalía u órganos judiciales competentes, o a las entidades u órganos administrativos competentes, incluidos el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.



b) JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO (COMITÉ DE COOPERACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA) (350)

El artículo 328 de la LCSP, aparte de cambiar la denominación que tradicionalmente se había realizado de este órgano (351) y que se había mantenido en el redacción que hacía el artículo 324 del TRLCSP, introduce las siguientes novedades:

1. Amplía su ámbito de actuación desde los siguientes puntos de vista:
 - Ya no es, solamente, un órgano consultivo. La LCSP la atribuye las siguientes funciones:
 - La ya señalada, de orden consultivo, al atribuirle la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración y, con carácter preceptivo, sobre todas las disposiciones normativas de rango legal y reglamentario en materia de contratación pública de competencia estatal.
 - Una función reguladora, que se concreta en la posibilidad de promover la adopción de las normas o medidas de carácter general que considere procedentes para la mejora del sistema de contratación, y de aprobar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación.

En esta función, el CCCP asumirá los siguientes compromisos específicos en áreas de acción común de las distintas Administraciones Públicas:

- Coordinación de los criterios de interpretación seguidos por las Administraciones Públicas en relación con las normas de la contratación pública.
- Elaboración de la propuesta de Estrategia Nacional de Contratación Pública que se someterá a la aprobación de la OIRSC.
- Proposición de los criterios de selección de actuaciones de supervisión de la contratación, así como elaboración de la metodología básica común para las mismas.
- Supervisión del funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público y del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

(350) Por Real Decreto 256/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE número 109, de 5 de mayo), se procedió a la creación, puesta en marcha y buen funcionamiento de la OIRSC, del Comité de Cooperación en materia de contratación pública, y de la JJCPE.

(351) Las referencias efectuadas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Real Decreto 769/2017, de 28 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública, en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en otras normas con rango reglamentario que aludan a la misma, se entenderán hechas a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.



- Análisis de las cuestiones relativas a la contratación pública que resulten de interés común.

- Una función de coordinación respecto del cumplimiento de las obligaciones de información que imponen las Directivas Europeas de Contratación Pública, a través del CCCP.

A tal fin, se le reconoce como punto de referencia para la cooperación con la Comisión Europea. Para ello, elaborará y remitirá a la Comisión Europea cada 3 años un informe, referido a licitación pública y ejecución de los contratos sujetos a regulación armonizada de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios celebrados por todos los poderes adjudicadores.

En dicho informe, cuya recopilación de la información corresponde al CCCP, se comprenderán, si procede, la relativa al nivel de participación de las PYME en la contratación pública, un informe estadístico sobre los contratos públicos de obras, suministros y servicios no sujetos a regulación armonizada, haciendo una estimación del valor agregado total de dichos contratos durante el periodo de que se trate, así como la información sobre cuáles son los órganos encargados de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Derecho Comunitario de la Contratación Pública y sobre las medidas adoptadas para proporcionar orientación o ayuda gratuita en la aplicación de éste.

– Extiende su marco competencial no solo respecto a la contratación administrativa de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos, Agencias y demás entidades públicas estatales, sino a la contratación pública del Sector Público Estatal, con independencia de que las entidades contratantes operen en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

2. Prevé que en su composición pueda participar el sector privado.

3. Serán vocales natos, con voz pero sin voto, el Presidente de la OIRSC y un representante de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

B. Estrategia nacional de contratación pública

El artículo 334.1 de la LCSP formula la Estrategia Nacional de Contratación Pública con las siguientes características:

1. Será un instrumento jurídico vinculante que será aprobado por la OIRSC.

2. La primera Estrategia Nacional de Contratación Pública deberá aprobarse antes del 9 de agosto de 2018.

3. Tendrá un horizonte temporal de cuatro años.



No obstante, a los dos años podrá modificarse o ajustarse para conseguir los objetivos perseguidos a la vista de la primera valoración que realízase el CCCP.

4. Se basará en el análisis de actuaciones de contratación de todas las entidades del Sector Público a partir de los siguientes datos disponibles:

- Plataformas de contratación nacionales.
- Información abierta de la Unión Europea en materia de contratación pública (TED).
- Informes de órganos de supervisión y control y de asesoramiento legal.
- Los que se deriven, en su caso, de los informes que le remita la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de contratación pública.

5. Abordará los siguientes aspectos:

- La mejora de la supervisión de la contratación pública.
- El análisis de los mecanismos de control de legalidad.
- La elaboración de manuales de buenas prácticas.
- Promover la profesionalización en contratación pública.

6. Tras su aprobación:

- Se remitirá a la Comisión Europea. Transcurrido un mes desde dicha remisión, se hará público su contenido en la Plataforma de Contratación del Sector Público.
- El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Función Pública, tomará conocimiento de la misma y la elevará para conocimiento a las Cortes Generales.

7. Finalizado el ámbito temporal de la Estrategia, el CCCP elaborará un informe sobre los resultados de la misma que se comunicará a las siguientes instancias:

- A la OIRSC y a la JCCPE que lo remitirá a la Comisión Europea. Su contenido se hará público en la Plataforma de Contratación del Sector Público en el plazo de 1 mes desde dicha remisión.
- A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Igual que en el trámite de aprobación de la Estrategia, al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Función Pública, que lo elevará para conocimiento a las Cortes Generales.

El informe de la CCCP servirá para la definición y aprobación de una nueva Estrategia Nacional de Contratación. Ésta será aprobada en el plazo de seis meses contados a partir de la emisión del mismo.



CUARTA PARTE

NORMAS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-PODER ADJUDICADOR

1. INTRODUCCIÓN

En la Parte Primera de esta obra ya se ha analizado el ámbito de aplicación de la LCSP que, con ciertas matizaciones, sigue la metodología que utilizaba el TRLCSP.

No obstante la LCSP, modifica la postura que se mantenía desde la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (352), en el sentido de abandonar la regulación de los contratos públicos sobre el modelo de la contratación de una Administración Pública (353). Realmente ello no era así (354) pero, como se señala, la LCSP apuesta por una vuelta a establecer el modelo de la contratación pública sobre los contratos que celebre una Administración Pública-Poder Adjudicador.

Dicho lo anterior, el nivel de una entidad que se considera como una Administración Pública-Poder Adjudicador es el establecido específica-

(352) En el Exponendo II, párrafo primero del Preámbulo, se afirmaba que se había superado el modelo plasmado en sucesivas reformas de la legislación de contratos desde 1986 que habían sido tributarias del planteamiento de la Ley de Contratos del Estado (Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de Contratos del Estado), en el sentido de que la regulación giraba alrededor de los contratos celebrados por la Administración Pública, y se extendía a los contratos celebrados por otros sujetos del Sector Público o incluso fuera de él.

(353) Esta formulación era realmente más formal que material ya que

(354) A las «*Administraciones Públicas*» a los efectos de la TRLCSP, a pesar de lo que se señalaba en la Exposición de Motivos de la LCSP, le resultaba aplicable prácticamente la totalidad de su articulado. Solamente no le eran de aplicación los artículos 137 y 189 a 193, relativos a las fases de preparación y de adjudicación de los contratos privados celebrados por los entes, organismos y entidades que son poderes adjudicadores aunque no son «*Administraciones Públicas*» a los efectos del TRLCSP.



mente para la aplicación de la LCSP en su artículo 3.2 y 3 y en la disposición adicional cuadragésima cuarta.

Dichas entidades serán las únicas que podrán celebrar contratos administrativos, ya sean «típicos» (contratos administrativos de obras, de concesión de obras, de concesión de servicios, de suministro, y de servicios, que se regularán conforme a lo previsto en los artículos 12 a 17 y 25.1.a) o contratos administrativos especiales en los términos previstos en el citado artículo 25.1.b).

Además de los mencionados contratos administrativos, una Administración Pública-Poder Adjudicador podrán realizar contratos privados en los términos previstos en el segundo párrafo del artículo 26.1.a) y 2 de la LCSP.

Además, es preciso recordar que en todo caso resultarán aplicables, a cualquier tipo de contrato que celebre una Administración Pública-Poder Adjudicador, los aspectos troncales que se han analizado en la Tercera Parte de esta obra.

2. TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO CONTRACTUAL

El sistema previsto en la LCSP respecto a los contratos administrativos que puede celebrar una Administración Pública-Poder Adjudicador, que a continuación se van a comentar, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS		CONTRATOS PRIVADOS
TÍPICOS	ESPECIALES	
OBRA	Distintos a los Típicos pero vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia	OBJETO DISTINTO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y ADEMÁS
CONCESIÓN DE OBRA		
CONCESIÓN DE SERVICIOS		
SUMINISTRO		
SERVICIOS		
	Por Ley	Suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos
		Servicios financieros CPV de 66100000-1 a 66720000-3
		Servicios de creación e interpretación artística y literaria
		Servicios de espectáculos CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6
		Suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos

Gráfico número 7



A. Contratos administrativos

a) INTRODUCCIÓN

La LCSP introduce, como principal novedad respecto de la regulación que hacía el TRLCSP y fruto de la transposición de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, la sustitución del contrato de gestión de servicios públicos por el contrato de concesión de servicios y la desaparición del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

En el artículo 12.1 de la LCSP se establecen los contratos que son considerados por el Legislador como «*típicos*» por razón de su objeto. La descripción que se realiza, respecto a los contratos de obras, de concesión de obras, de concesión de servicios, de suministro, y de servicios en los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 del TRLCSP, sirve para identificar, desde el punto de vista material, cuándo la naturaleza jurídica de los contratos que celebre una Administración Pública-Poder Adjudicador responde al principio de tipicidad.

Por el contrario, igual que se hacía en el TRLCSP, se habla de contratos administrativos especiales cuando un contrato que, aunque por su objeto sería un contrato privado, presenta un fuerte nexo material con el giro o tráfico de la Administración Pública contratante o con la satisfacción de forma directa o inmediata de una finalidad pública de la específica competencia de ésta.

A continuación, se van analizar cada uno de dichos grupos.

b) CONTRATOS ADMINISTRATIVOS «TÍPICOS»

1. *Contrato de obras*

El sistema previsto en la LCSP respecto al contrato de obras, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

CONTRATO DE OBRAS (artículo 13)	
LCSP	TRLCSP
LA EJECUCIÓN DE UNA OBRA, AISLADA O CONJUNTAMENTE CON LA REDACCIÓN DEL PROYECTO, O LA REALIZACIÓN DE ALGUNO DE LOS TRABAJOS ENUMERADOS EN EL ANEXO I	LA EJECUCIÓN DE UNA OBRA O LA EJECUCIÓN DE ALGUNO DE LOS TRABAJOS ENUMERADOS EN EL ANEXO I
LA REALIZACIÓN, POR CUALQUIER MEDIO, DE UNA OBRA QUE CUMPLA LOS REQUISITOS FIJADOS POR LA ENTIDAD DEL SECTOR PÚBLICO CONTRATANTE QUE EJERZA UNA INFLUENCIA DECISIVA EN EL TIPO O EL PROYECTO DE LA OBRA POR LA ENTIDAD DEL SECTOR PÚBLICO CONTRATANTE.	LA REALIZACIÓN, POR CUALQUIER MEDIO, DE UNA OBRA QUE RESPONDA A LAS NECESIDADES ESPECIFICADAS POR LA ENTIDAD DEL SECTOR PÚBLICO CONTRATANTE.
OBRA	
CONJUNTO DE TRABAJOS DE CONSTRUCCIÓN O DE INGENIERÍA CIVIL, DESTINADO A CUMPLIR POR SÍ MISMO UNA FUNCIÓN ECONÓMICA O TÉCNICA, QUE TENGA POR OBJETO UN BIEN INMUEBLE	
REALIZACIÓN DE TRABAJOS QUE MODIFIQUEN LA FORMA O SUSTANCIA DEL TERRENO O DE SU VUELO, O DE MEJORA DEL MEDIO FÍSICO O NATURAL	
NATURALEZA DE LAS OBRAS: OBRA COMPLETA	
EJECUCIÓN EN COLABORACIÓN CON EMPRESARIOS PARTICULARES (ARTÍCULO 30.4)	SUSCEPTIBLE DE SER ENTREGADA AL USO GENERAL O AL SERVICIO CORRESPONDIENTE, SIN PERJUICIO DE LAS AMPLIACIONES DE QUE POSTERIORMENTE PUEDA SER OBJETO Y COMPRENDERÁ TODOS Y CADA UNO DE LOS ELEMENTOS QUE SEAN PRECISOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA OBRA
PROYECTOS INDEPENDIENTES RELATIVOS A CADA UNA DE LAS PARTES DE UNA OBRA COMPLETA, SIEMPRE QUE ÉSTAS: - SEAN SUSCEPTIBLES DE UTILIZACIÓN INDEPENDIENTE, EN EL SENTIDO DEL USO GENERAL O DEL SERVICIO, O - PUEDAN SER SUSTANCIALMENTE DEFINIDAS Y PRECEDA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN QUE FUNDE LA CONVENIENCIA DE LA REFERIDA CONTRATACIÓN.	

Gráfico número 8

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

De acuerdo con el artículo 13.1 de la LCSP, el contrato de obras será aquel que tendrá por objeto, o bien la ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra por la entidad del sector público contratante. Este concepto (355) presenta ciertas diferencias respecto del que se

(355) Para que exista un contrato público de obras se requiere que las obras objeto del contrato se ejecuten en beneficio económico directo del poder adjudicador sin que, no obstante, sea preciso que la prestación revista la forma de adquisición de un objeto material o físico (STJUE de 25 marzo 2010, Caso Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben). En relación



recogía en el artículo 6 del TRLCSP ya que ahora, de modo más congruente con las Directivas Comunitarias (356), se incorporan las siguientes modalidades:

– La realización de una obra acompañada, en su caso, por el proyecto (357). En todo caso, a tenor del artículo 234.2 de la LCSP, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente Proyecto o documento similar y solo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse.

– La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

El concepto de obra se ha visto ampliado en el artículo 13.2 respecto de lo que se regulaba en el artículo 6.2 del TRLCSP. Efectivamente, por un lado, se entiende que es el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble, pero, por otro, añade que también se considerará obra la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.

En contra de lo que es la regla general instaurada por la LCSP (358) en relación a que los contratos se han de articular en lotes, en los contratos de obra se seguirán estas pautas:

– Se han de referir a una obra completa, entendiendo por ésta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra.

No obstante, no hará falta dicha referencia cuando su responsabilidad corresponda a la Administración por tratarse de un supuesto de ejecución de obras por la propia Administración Pública (359).

– Se podrán contratar excepcionalmente obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que éstas sean susceptibles de utilización independiente, en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustan-

a esta problemática véanse las SSTJUE de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti* y otros, y de 18 de enero de 2007, *Auroux* y otros).

(356) Ya desde el artículo 1.2.b), confirmado por la interpretación del artículo 16.a) de la Directiva 2004/18/CEE.

(357) Véanse las SSTs de 17 de octubre de 2011 y de 18 de marzo de 2008.

(358) Artículo 99.3 de la LCSP.

(359) Artículo 30.4 de la LCSP.



cialmente definidas y preceda autorización administrativa del órgano de contratación que funde la conveniencia de la referida contratación.

En cuanto a la clasificación de las obras, el artículo 232 de la LCSP reitera el contenido del artículo 122 del TRLCSP con la única novedad de incluir las obras de rehabilitación y restauración (360) en el primer grupo de clasificación junto con las obras de primer establecimiento, reforma, o gran reparación, en lugar del segundo grupo en que se comprendían con anterioridad en unión de las obras de reparación simple.

A pesar de la mencionada novedad, se sigue manteniendo la principal consecuencia ya que el órgano de contratación podrá calificar, en la fase interna del contrato, las obras en lugar de como obras de reforma como obras de restauración u obras de rehabilitación pues ello le permitiría diseñar dicha fase interna con vistas a incorporar al expediente de contratación un proyecto técnico simplificado cualquiera que fuera el valor estimado del contrato, a tenor del artículo 233.2 de la LCSP.

En cuanto al valor estimado, sin perjuicio del análisis que se hará más adelante en esta obra a propósito de la fase interna de los contratos, conviene señalar que en el artículo 101.8 de la LCSP se mantiene la redacción que se efectuaba en el artículo 88.3 del TRLCSP en el sentido que para la fijación del valor estimado de un determinado contrato de obra habrá que realizar tanto el cálculo del propio trabajo de construcción o demolición que se vaya a desarrollar, como el cálculo, en su caso, de los suministros necesarios para su ejecución que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación.

Por lo que se refiere al contrato de obra en su versión habitual, es decir aquella en la que el proyecto es realizado por el órgano de contratación o por un tercero a través de la celebración de un contrato de servicios (361),

(360) En la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la principal novedad consistió en introducir (art. 106) y después en el TRLCSP (art. 122), dos nuevos grupos de obras. A tenor de estas normas hay una parte troncal coincidente entre todas ellas que clasifica las obras, por su objeto y naturaleza, en obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, de reparación simple, de conservación y mantenimiento y de demolición, pero en la Ley 30/2007 se introdujo, por vez primera, la separación de las obras de reforma, como categorías con identidad propia, de las obras de restauración y de rehabilitación, creando, en consecuencia, dos nuevos grupos de obras con sustantividad propia. La introducción de estas nuevas categorías de obras se produjo, a juicio de los autores de esta obra, de modo sorpresivo en sede parlamentaria, porque no estaban contempladas en las redacciones del anteproyecto ni del proyecto de ley de la Ley 30/2007 [Informe emitido por la Ponencia sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 8 de junio de 2007, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, número 95-23, en el que se introdujeron, sin más razonamiento de fondo, en el artículo 106 del proyecto los apartados 5 bis y 5 ter. La única referencia existente con anterioridad, era la contemplada para las obras de «restauraciones corrientes», que no así para las de rehabilitación, en el Anexo I sobre Lista de Actividades contempladas en la letra b) del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CEE, Sección F Construcción, División 45, Descripción Construcción, Notas, cuando señala que esta división comprende «las construcciones nuevas, obras de restauración y reparaciones corrientes» (el subrayado es de los autores de esta obra)].

(361) Puede también existir la posibilidad absolutamente excepcional de que el proyecto puede tener una relevancia singular que por razones arquitectónicas o de ingeniería justifique que un Jurado



el contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas se encuentra establecido, respectivamente, en los artículos 67 y 68 apartados 1 y 2 del RGTRLCAP, si bien hay que tener muy presente que buena parte de estas últimas serán consecuencia del mencionado proyecto técnico, que ha de pasar por las siguientes fases de elaboración y redacción, de supervisión, de aprobación y de replanteo por el órgano de contratación, a tenor de lo previsto en el artículo 231.1 de la LCSP.

– En cuanto a la fase de elaboración y redacción del proyecto, puede suceder que la misma haya sido contratada íntegramente con terceros. En este caso, el artículo 233.4 de la LCSP, al igual que hacía el artículo 123 del TRLCSP, dispone que el autor o autores del mismo incurrirán en responsabilidad en los términos establecidos en dicha Ley. En el supuesto de que la prestación se llevara a cabo en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las responsabilidades se limitarán al ámbito de la colaboración.

Cuando el proyecto incluyera un estudio geotécnico y el mismo no hubiera previsto determinadas circunstancias que supongan un incremento en más del 10 por ciento del precio inicial del contrato en ejecución, al autor o autores del mismo les será exigible la indemnización que establece el artículo 315, si bien el porcentaje del 20 por ciento que este indica en su apartado 1 deberá sustituirse, a estos efectos, por el 10 por ciento.

En cuanto al contenido de los proyectos de obras, el artículo 233.1 de la LCSP recoge el mismo contenido (362) que se recogía en el artículo 123.1 del TRLCSP, con la única novedad de que el presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración, se ordenará por obras elementales, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

«ad hoc» intervenga en la selección de los técnicos a quienes se va a encargar el trabajo mediante un concurso. Véase, en relación a este sistema, lo señalado en los artículos 181 a 187 de la LCSP.

(362) – Una memoria, en la que se describa el objeto de las obras, que recogerá los antecedentes y situación previa, las necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada, detallándose los factores de todo orden a tener en cuenta.

– Los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución.

– El pliego de prescripciones técnicas particulares, en el que se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que ésta se llevará a cabo, de la medición de las unidades ejecutadas y el control de calidad y de las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista.

– El programa de desarrollo de los trabajos, o plan de obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste.

– Las referencias de todo tipo en que se fundamentará el replanteo de la obra.

– Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario.

– El estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras.

– Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario.



Finalmente, el artículo 242.4 de la LCSP, al igual que se preveía en el artículo 234.3 último párrafo del TRLCSP, cabe destacar la posibilidad de introducir variaciones en el proyecto de obra sin necesidad de la previa aprobación de su modificación, si bien concretadas en un exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.

– En la fase de supervisión del proyecto (363) y con independencia de quién redacte y elabore el proyecto de obra, cuando se trata de ejecutar grandes infraestructuras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido (364), los órganos de contratación, antes de proceder a su aprobación, deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión (365), que están encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica de construcción (366). En los proyectos de obra de valor estimado inferior al indicado, el informe de supervisión tendrá carácter facultativo, salvo que se

(363) Artículo 235 de la LCSP.

(364) Curiosamente, a juicio de los autores de esta obra, en el artículo 235 se reforma la referencia a la cuantía del contrato, que era lo que establecía el artículo 125 y que siempre se entendió como su valor estimado, y se sustituye por el presupuesto base de licitación, IVA excluido, es decir, a tenor del artículo 101.1.a) de la LCSP, lo que ella misma define como valor estimado.

(365) Este informe de control hace las veces, en el ámbito administrativo, del visado que sobre los proyectos realizan los correspondientes Colegios Profesionales de arquitectos o ingenieros (véase los Informes JCCA números 56/2004 de 12 de noviembre, 64/1996, de 18 de diciembre, y 18/1987, de 12 de mayo). En el mismo sentido, el vigente Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, establece en su artículo 4 como excepciones a los casos de visado obligatorio lo siguiente:

«1. Cuando en aplicación de la normativa sobre contratación pública, alguno de los trabajos previstos en el artículo 2 sea objeto de informe de la oficina de supervisión de proyectos, u órgano equivalente, de la Administración Pública competente, no será necesaria la previa obtención del visado colegial. Dicho informe bastará a efectos del cumplimiento de la obligación de obtención del visado colegial.

2. Asimismo, las Administraciones Públicas contratantes podrán eximir de la obligación de visado a los trabajos objeto de un contrato del sector público que no se encuentren en el supuesto del apartado anterior; cuando a través de sus procesos de contratación, de conformidad con las normas que los regulan, realicen la comprobación de la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo y de la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable.»

(366) En el caso de las entidades locales, véase por su interés el Informe JCCA número 20/2001, de 3 de julio de 2001, en el que señala que, si la Entidad Local no cree necesario u oportuno la creación de su propia oficina o unidad de supervisión de proyectos, tiene dos alternativas distintas, o bien encomendar, por vía de convenio, la función de supervisión de proyectos a oficinas o unidades de otras Administraciones Públicas, o bien celebrar un contrato de servicios cuyo objeto sea, precisamente, el ejercicio de funciones propias de las oficinas de supervisión de proyectos.

trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, en cuyo caso, ese informe también será preceptivo.

– En la fase de aprobación del proyecto por parte del órgano de contratación resulta bastante habitual que, cuando éste se refiera a importantes infraestructuras (367), sea necesario que el mismo cuente con la correspondiente declaración o informe favorable en materia de evaluación de impacto ambiental (368), salvo en estos casos:

- Que los proyectos estuvieran relacionados con los objetivos de la defensa nacional y la aplicación de la Ley 21/2013, de 9 diciembre, de Evaluación Ambiental, pudiera tener repercusiones negativas sobre tales objetivos.
- Que los proyectos detallados estuvieran aprobados específicamente por una Ley. Estos proyectos deben contener los datos necesarios para la evaluación de las repercusiones de dicho proyecto sobre el medio ambiente y en la tramitación de la Ley de aprobación del proyecto se deben cumplir los objetivos establecidos en de la citada Ley 21/2013 (369).
- Que el Consejo de Ministros o el órgano de gobierno que determine la legislación de cada comunidad autónoma procediera, en supuestos excepcionales, a excluir su necesidad mediante acuerdo motivado (370).

Concretamente, se exige que los proyectos cuenten con un «*declaración de impacto ambiental*» o con un «*informe de impacto ambiental*» (371) según que se siga, respectivamente, el procedimiento de evaluación ordinario (372) o

(367) Por ejemplo, los casos de construcción de una estación de depuración de aguas residuales, o de una desaladora de agua marina.

(368) Ley 21/2013, de 9 diciembre, de Evaluación Ambiental. En el ámbito internacional, el Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente, en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, conocido como Convenio de Espoo, ratificado por España el 1 de septiembre de 1992, y su Protocolo sobre evaluación ambiental estratégica, ratificado asimismo el 24 de junio de 2009. En el derecho comunitario, la Directiva 2001/42/CEE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas en el medio ambiente, y la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que la Ley 21/2013 transpone.

(369) El artículo 8.2 de la Ley 21/2013, de 9 diciembre, de Evaluación Ambiental.

(370) El artículo 8.3 de la Ley 21/2013, de 9 diciembre, de Evaluación Ambiental, especifica que este supuesto podrá aplicarse en los casos de construcción de centros penitenciarios, o en aquellos proyectos declarados de especial interés para la seguridad pública por las administraciones competentes, y de obras de reparación de infraestructuras críticas dañadas como consecuencia de acontecimientos catastróficos y obras de emergencia.

(371) Artículo 5.1 de la Ley 21/2013, de 9 diciembre, de Evaluación Ambiental.

(372) De acuerdo con los supuestos previstos en el Anexo I. Proyectos sometidos a la evaluación ambiental ordinaria regulada en el título II, capítulo II, sección 1.ª, y con lo previsto en el Anexo III, sobre criterios mencionados en el artículo 47.5 para determinar si un proyecto del Anexo II debe someterse a evaluación de impacto ambiental ordinaria, de la Ley 21/2013, de 9 diciembre, de Evaluación Ambiental. Dentro del mencionado Anexo I presenta especial interés para las «*Administraciones Públicas*» a los efectos de la LCSP los siguientes grupos:

– Grupo 6, relativo a «*Proyectos de Infraestructuras*», dentro del cual se incluyen los subgrupos relativos a Carreteras y Ferrocarriles.

– Grupo 8 sobre «*Proyectos de tratamiento y gestión de residuos*» en el cual se incluyen, entre otras, las obras relativas a instalaciones de incineración de residuos peligrosos, de eliminación de dichos residuos mediante depósito en vertedero, depósito de seguridad o tratamiento químico.



simplificado (373), siempre que haya que ejecutar alguna obra de modo que, si el sentido de la evaluación fuese negativo, equivaldría a la presencia de una auténtica prohibición para ejecutarla con la consecuencia, añadida y más que probable, de suspensión acordada por parte de la Administración competente. Ahora bien, cualquiera que sea la naturaleza de los dictámenes de impacto ambiental, es preciso puntualizar que nuestro Legislador optó por configurarlos como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participan de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite (374), o no definitivos, es decir, no se trata de auténticas resoluciones administrativas definitivas, lo que impide que sean directamente impugnables en sede jurisdiccional (375), salvo que tuviese la naturaleza de un acto administrativo cualificado, es decir, que vinculase la resolución definitiva del procedimiento (376).

– Una vez aprobado el proyecto, el órgano de contratación ha de proceder a efectuar el replanteo del mismo sobre el terreno, que consistirá en comprobar tanto la realidad geométrica de la obra proyectada, para cerciorarse de que no existen errores en la medición o defectos técnicos (377), como la efectiva disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución (378), buscando normalmente comprobar que se ha consumado el procedimiento de expropiación forzosa o que se han superado las dificultades derivadas de la existencia de alguna servidumbre, u otras limitaciones que afecten a la ejecución de la obra y al normal cumplimiento del contrato (379).

Respecto de la comprobación de la disponibilidad de los terrenos (380), resultará suficiente con que se encontraran disponibles, al menos, en la fecha en que se proceda a la adjudicación del contrato. Éste es el extremo más paradójico pues se trata de realizar la comprobación para incorporar-

(373) De acuerdo con los supuestos previstos en el Anexo II. Proyectos sometidos a la evaluación ambiental simplificada regulada en el título II, capítulo II, sección 2.ª, de la Ley 21/2013, de 9 diciembre, de Evaluación Ambiental.

(374) Véase la STS de 17 de noviembre de 1998.

(375) Debería de interponerse el recurso contra la decisión final que autoriza o desautoriza la ejecución del proyecto para, al impugnarla, invocar los vicios jurídicos que pueda sufrir la declaración ambiental.

(376) Cuestión diferente sería el supuesto de una resolución administrativa en la que se declarara que la evaluación de impacto ambiental no fuese preceptiva para un determinado proyecto de obra o actividad. En ese caso, no habría obstáculo jurídico para combatir de forma directa e inmediata tal acto administrativo (véase SSTJUE de 24 de octubre de 1996 (C-72/95, *Kraaijeveld y otros*) y de 18 de junio de 1998 (C-81/96, *Gedeputeerde Staten van Noord-Holland*).

(377) Véase STS de 9 de diciembre de 2004.

(378) Artículo 236.1 de la LCSP.

(379) El artículo 236.2 de la LCSP reproduce el contenido del artículo 126.2 del TRLCSP aunque modifica, como mejora técnica, su redacción haciendo referencia a que en la tramitación de los expedientes de contratación referentes a obras de infraestructuras hidráulicas, de transporte y de carreteras, se dispensará del requisito previo de disponibilidad de los terrenos, si bien no se podrá iniciar la ejecución de las obras en tanto no se haya formalizado la ocupación en virtud de la vigente Ley de Expropiación Forzosa (el mencionado artículo 126.2 se refería a que la ocupación efectiva de aquéllos deberá ir precedida de la formalización del acta de ocupación).

(380) Informe JCCA número 13/2009, de 25 de septiembre.



la al proyecto antes de la aprobación del expediente de contratación, es decir, de que se cierre la estrategia contractual en la fase interna del contrato, y sin embargo se ha de hacer un verdadero esfuerzo de fe con la finalidad de creer que los terrenos estarán plenamente disponibles, al menos, en la fecha de adjudicación del contrato. Lo señalado también cuenta con sus ventajas ya que, por ejemplo si no se llevó a cabo el replanteo de la obra, ello no motivará la nulidad de pleno derecho del contrato ya que, si después se levantó la correspondiente acta de replanteo de conformidad, ello subsanará el defecto de validez observado (381).

Como ya se ha señalado, antes a aprobar el expediente de contratación debe llevarse a cabo el replanteo del proyecto técnico. Ahora bien, además, cuando ya se haya formalizado el contrato y antes de iniciarse la ejecución de las obras, hay que sustanciar otro trámite distinto, denominado comprobación del replanteo, en el que interviene el contratista. Su finalidad es volver a realizar las verificaciones «*in situ*», ahora de forma contradictoria, así como comprobar que el contratista tiene a su disposición las pertinentes licencias con el objeto de comenzar cuanto antes con la ejecución del contrato (382), ya que si el resultado es favorable a partir del día siguiente a expedirse y firmarse el acta de comprobación del replanteo, se empezará ya a computar el plazo de ejecución de las obras (383). En caso de que el acto de comprobación del replanteo fuese desfavorable, se suspenderá el inicio de la obras y el cumplimiento del contrato, hasta que se solventen las dificultades detectadas (384). Si la comprobación del replanteo se demorara «*sine die*» porque, por ejemplo, el órgano de contratación se percatara que el proyecto no se puede ejecutar, ello supondría la concurrencia de una causa de resolución del contrato (385) y haría surgir en el contratista el derecho a ser indemnizado (386).

2. Contrato de concesión de obras

El sistema previsto en la LCSP respecto al contrato de concesión de obras, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

(381) Véase STS de 27 de abril de 1998.

(382) Artículo 237 de la LCSP.

(383) Artículo 139.2.º del RGTRLCAP.

(384) Artículo 139 del RGTRCAP. Aunque no hubiera plena disponibilidad de todos los terrenos, podrá iniciarse la ejecución de las obras si estuvieran disponibles los terrenos imprescindibles para ello, admitiéndose que con posterioridad se complete la disponibilidad de los restantes terrenos, a medida que lo requiera la ejecución de la obra (art. 139.3.º del RGTRCAP).

(385) Artículos 245.a) de la LCSP.

(386) Artículo 246.2 de la LCSP, igual que hacía el artículo 239.2 del TRLCSP, fija dicha indemnización en una cuantía equivalente del 2 por ciento del precio de adjudicación. Aunque el indicado precepto habla de precio de adjudicación, lo más correcto, a juicio de los autores de esta obra, sería hablar de precio del contrato. Véase Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.



CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS (artículo 14)	
LCSP	TRLCS
REGULACIÓN IGUAL EN AMBOS SALVO LO RELATIVO AL RIESGO OPERACIONAL QUE HA DE ASUMIR EL CONCESIONARIO DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 14.4 LCSP.....	
DERECHO DE EXPLOTACIÓN DE LAS OBRAS - RIESGO OPERACIONAL ARTÍCULO 14.4 LCSP	
<p>DEBERÁ IMPLICAR LA TRANSFERENCIA AL CONCESIONARIO DE UN RIESGO OPERACIONAL EN LA EXPLOTACIÓN DE DICHAS OBRAS ABARCANDO EL RIESGO DE DEMANDA O EL DE SUMINISTRO, O AMBOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - RIESGO DE DEMANDA: SE DEBE A LA DEMANDA REAL DE LAS OBRAS O SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO - RIESGO DE SUMINISTRO: EL RELATIVO AL SUMINISTRO DE LAS OBRAS O SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO, EN PARTICULAR EL RIESGO DE QUE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS NO SE AJUSTE A LA DEMANDA. <p>SE CONSIDERARÁ QUE EL CONCESIONARIO LO ASUME CUANDO, EN CONDICIONES NORMALES DE FUNCIONAMIENTO, NO ESTÉ GARANTIZADO QUE VAYA A RECUPERAR:</p> <ul style="list-style-type: none"> - INVERSIONES REALIZADAS - CUBRIR LOS COSTES EN QUE HUBIERA INCURRIDO <p>LA PARTE DE LOS RIESGOS TRANSFERIDOS AL CONCESIONARIO DEBE SUPONER UNA EXPOSICIÓN REAL A LAS INCERTIDUMBRES DEL MERCADO QUE IMPLIQUE QUE CUALQUIER PÉRDIDA POTENCIAL ESTIMADA EN QUE INCURRA EL CONCESIONARIO NO ES MERAMENTE NOMINAL O DESDEÑABLE.</p>	

Gráfico número 9

A diferencia del resto de contratos administrativos «típicos», el contratos de concesión de obras fue diseñado para solventar la dicotomía existente entre la necesidad de realizar una infraestructura que exige el interés general y la ausencia, total o parcial, de crédito suficiente con que financiar la misma por parte de la Administración Pública (387). Para ello, el pago del precio podrá realizarse por parte de los usuarios de la infraestructura que se construye y se explota de forma rentable. Además, a la extinción de la concesión, la Administración adquirirá la propiedad de lo construido sin necesidad de pagar un precio al concesionario (388).

Lógicamente del breve esquema señalado puede deducirse la tremenda importancia que para el concesionario tendrá el dimensionamiento de su

(387) Recuérdense los siguientes antecedentes históricos:

- Construcción del Canal Imperial de Aragón (1528) y del Canal de Castilla (1831).
- Real Decreto de 10 de octubre de 1845 que contemplaba, junto a la ejecución de obras por la propia Administración y por contrata, por medio de empresa mediante el acuerdo con un tercero a cambio de la explotación de la obra en virtud de una concesión con motivo de una situación en la que la Administración no se halle en estado de afrontar fuertes inversiones.
- No fue regulada en la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 aunque históricamente era una figura jurídica que estuvo en los orígenes de la ordenación de las obras públicas.
- Reaparece en los artículos 130 a 134 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y adquiere el verdadero impulso fue en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que introduce su regulación en el entonces vigente TRLCAP. De ahí pasó a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y, de ésta, al TRLCSP.

(388) Artículo 283 de la LCSP.



expectativa de negocio, con vistas a recuperar en el plazo de la concesión la inversión realizada y un razonable beneficio empresarial. A tal fin, se deberá elaborar el correspondiente estudio de viabilidad si se quiere promover la convocatoria de un procedimiento selectivo para adjudicar una concesión con la finalidad, no solo de identificar la finalidad y justificación de la obra y definir sus características esenciales, sino, sobre todo, para valorar la rentabilidad de la inversión a realizar. En este sentido, se analizarán, primordialmente, tres tipos de riesgos, por un lado los propios de la construcción (389), los derivados de la eventual indisponibilidad de la infraestructura (390), y los de la demanda bien en función de la proyección de usuarios que se prevé que van utilizar la infraestructura bien valorando la posible competencia de terceros que pudieran surgir a lo largo de la vida de la concesión (391).

El contrato de concesión de obras, que a lo largo de la LCSP modifica su denominación perdiendo el calificativo de «*públicas*», tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones propias del contrato de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, pero tiene la característica especial de que la contraprestación consistirá, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra (392), o bien en dicho derecho acompañado del percibo de un precio (393).

Desde el indicado punto de vista, el contrato de concesión de obra presenta una fisonomía relacional tripolar. Por un lado, la relación propiamente concesional, entre el concesionario y el órgano de contratación, y, por otro, la establecida entre aquel y los terceros de los cuales ha obtenido la financiación y respecto de la cual la Administración Pública única-

(389) Por ejemplo, por eventuales retrasos en la terminación de la obra, por sobrecostes de ejecución o las deficiencias técnicas.

(390) Por ejemplo, referidos a los estándares de cantidad y calidad, o de puesta a disposición del bien o servicio que sea objeto de la prestación. En este sentido, el artículo 259.5 de la LCSP señala que «*La Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de los mismos*». Sobre este particular cabe citar la llamada «*cláusula de progreso*», en virtud de la cual el contratista ha de mantener, a tenor del artículo 259.4, la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento, según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.

(391) Por ejemplo, como los derivados de la coyuntura macroeconómica y las tendencias del mercado, sin incluir los factores motivados por la actuación de los poderes públicos. En este sentido, a tenor del artículo 247.2.c), el estudio de viabilidad que debe elaborarse antes de convocar la licitación, deberá incluir referencia a las «*Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión*».

(392) STJUE de 25 de marzo de 2010, Caso Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, señala que, con carácter general, debe entenderse que no existe una concesión de obras públicas cuando el único operador al que puede atribuirse la concesión ya es propietario del solar en el que se va a edificar, pues ello impide que el poder adjudicador pueda disponer de su explotación e imposibilita la esencia de la concesión que reside en el hecho de que el propio concesionario soporta el riesgo económico principal o, cuando menos, sustancial, de la explotación. Ver también STJUE de 10 de septiembre de 2009, Caso Eurawasser.

(393) Artículo 14.1 de la LCSP. Véase Informe JCCA número 4/2009, de 25 de septiembre.

mente actúa como supervisor de las fórmulas de financiación privada (394).

Por último, para que pueda calificarse un contrato como de concesión de obras es necesario que la explotación se lleve a cabo por el concesionario, por lo que no lo será un contrato cuyo objeto consista en la elaboración del proyecto, realización de la construcción, y puesta en funcionamiento de un edificio en un solar propiedad de un ayuntamiento, con el fin de ceder su uso a éste a cambio de una aportación inicial más una cantidad fija anual (395).

A diferencia de lo que establecía el TRLCAP, que admitía la posibilidad de que la concesión de obra pudiera recaer sobre la simple explotación de obras o infraestructuras ya existentes, el TRLCSP y ahora la LCSP entienden que la misma tiene por objeto la realización de una obra, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, a cambio del derecho a explotar la obra, o de ese derecho acompañado del de percibir un precio (396). Para que sea aplicable esta última financiación han de concurrir singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, en cuyo caso la financiación pública podrá provenir, como es lo habitual, de la propia Administración contratante, vía aportaciones dinerarias o no dinerarias, subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, así como préstamos participativos (397), de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente de la obra, o, incluso, de otros organismos nacionales o internacionales (398).

Ahora bien, a diferencia del contrato de obra en el que solo contempla el gasto público de las infraestructuras en la fecha de su recepción, el objeto del contrato de concesión de obras tiene, por su propia naturaleza, las siguientes peculiaridades:

- Se preocupa del gasto público que será necesario invertir durante la vida útil de la infraestructura, es decir, puede tener un alcance más extenso que el de comprender solamente la construcción originaria. En este sentido, su objeto será la puesta a disposición de la infraestructura en permanentes condiciones de adecuación para su uso, es decir, supondrá una externalización de los riesgos que pueda comportar la conservación de una infraestructura pública en buen y adecuado uso y funcionamiento.

(394) Artículo 271 de la LCSP.

(395) Informes JCCA números 24/1996, de 30 de mayo, 61/2003, de 12 de marzo de 2004, y 70/2004, 11 de marzo de 2005.

(396) Artículo 14.1 de la LCSP.

(397) Artículo 265.2 de la LCSP.

(398) Artículo 265.3 de la LCSP. Sería el caso de los Fondos de Cohesión, FEDER o del Banco Europeo de Inversiones.



A tal fin, podrá contener referencias relativas a la adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que aquéllas sirven de soporte material, o a las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse aptas a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales (399).

– Conlleva, como ya se ha señalado, inexcusablemente la puesta a disposición del concesionario de la infraestructura objeto del contrato.

3. Contrato de concesión de servicios

El sistema previsto en la LCSP respecto al contrato de concesión de servicios, que se incorpora por vez primera como tal a la normativa española de Contratación Pública, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS (artículo 15)	
LCSP	TRLCS
<ul style="list-style-type: none"> - NUEVO CONTRATO ADMINISTRATIVO TÍPICO - DIRECTIVA 2014/23/UE DE 26 DE FEBRERO DE 2014, RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN - DIFERENCIA CON CONTRATO DE SERVICIOS: ASUNCIÓN DEL RIESGO OPERACIONAL. 	DESAPARECE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
ARTÍCULO 15	ARTÍCULO 8
<ul style="list-style-type: none"> - UNO O VARIOS PODERES ADJUDICADORES ENCOMIENDAN - A TÍTULO ONEROSO - A UNA O VARIAS PERSONAS, NATURALES O JURÍDICAS, - LA GESTIÓN DE UN SERVICIO CUYA PRESTACIÓN SEA DE SU TITULARIDAD O COMPETENCIA Y CUYA CONTRAPARTIDA VENGA CONSTITUIDA BIEN POR EL DERECHO A EXPLOTAR LOS SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO O BIEN POR DICHO DERECHO ACOMPAÑADO DEL DE PERCIBIR UN PRECIO. - EL DERECHO DE EXPLOTACIÓN DE LOS SERVICIOS IMPLICARÁ LA TRANSFERENCIA AL CONCESIONARIO DEL RIESGO OPERACIONAL. 	<ul style="list-style-type: none"> - UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA O UNA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL ENCOMIENDAN - A UN PERSONA, NATURAL O JURÍDICA, - LA GESTIÓN DE UN SERVICIO CUYA HA SIDO ASUMIDA COMO PROPIA DE SU COMPETENCIA POR LA ADMINISTRACIÓN O MUTUA ENCOMENDANTE.

Gráfico número 10

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

(399) Artículo 14.2 de la LCSP.



Desde el punto de vista del Derecho Comunitario de la Contratación Pública, las concesiones de servicios públicos no estaban reguladas por el mismo. Ello no significaba que el Derecho aplicable no deba examinarse a la luz del Derecho originario y, más concretamente, de las libertades fundamentales establecidas en el TFUE (400). En este contexto, el TJUE ha declarado que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad imponen, en particular, a la autoridad concedente una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de cualquier licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el procedimiento de adjudicación y controlar la imparcialidad de dicho procedimiento, sin implicar necesariamente que tal obligación deba efectuarse en todo caso a través de una convocatoria de licitación (401).

De este modo cabe concluir que, si no está justificada por circunstancias objetivas tal diferencia de trato, que opera principalmente en perjuicio de las empresas establecidas en otro Estado miembro, constituye una discriminación indirecta por razón de nacionalidad, prohibida con arreglo a los artículos 49 y 56 del citado Tratado (402). El citado planteamiento no puede obviarse en función de que el órgano de contratación justificase que no se dio la exigida publicidad a la concesión porque no pueda generar ingresos netos cuantiosos porque una empresa, en el marco de una estrategia económica que pretende extender una parte de sus actividades a otro Estado miembro, puede tomar la decisión de solicitar la adjudicación de una concesión, pese a que ello no pueda, como tal, generar beneficios adecuados, pues le puede servir para establecerse en el mercado de dicho Estado y darse a conocer con el fin de preparar su expansión futura (403).

Pese a ello finalmente la concesión de servicios quedó regulada en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. En el Preámbulo y en el texto articulado de la LCSP se señalan los siguientes aspectos, en relación a dicha figura de larga tradición jurídica en el derecho español:

1. Desaparece el contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del TRLCSP. No obstante, se man-

(400) Véase STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, apartado 60.

(401) SSTJUE de 13 de septiembre de 2007, *Comisión/Italia*, apartado 24, y de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, apartado 25. En efecto, si no existe transparencia, las empresas situadas en esos otros Estados miembros no tendrán ninguna posibilidad real de manifestar su interés en obtener dicha concesión (véase STJUE de 21 de julio de 2005, *Coname*, apartados 17 y 18).

(402) STJUE de 17 de julio de 2008, *ASM Brescia*, apartado 60.

(403) Véase la STJUE de Tribunal de 14 noviembre 2013, *Caso Comune di Ancona*, en la que a raíz de una decisión prejudicial planteada en relación a la interpretación del artículo 30, apartado 4, del Reglamento 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales.



tiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta (404).

2. Surge, en su lugar, el contrato de concesión de servicios que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras.

A tal efecto, el artículo 297 de la LCSP dispone que, en lo no previsto en el Capítulo III, relativo a este tipo de contrato, dentro del Título II del Libro Segundo de la LCSP, le será de aplicación la regulación establecida respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel.

3. Es característica propia y diferenciadora de este tipo de contrato, al igual que el de concesión de obras, que el contratista asuma el riesgo operacional del mismo (405).

De este modo, para la citada Directiva 2014/23/UE si el contratista asume el riesgo operacional se estará ante un contrato de concesión de servicios, mientras que, en caso contrario, se tratará de un contrato de servicios.

Ahora bien, esta asunción de riesgo no supone que se haya variado el entramado relacional, que suponía el contrato ya derogado de gestión de servicios públicos y el actual contrato de concesión de servicios: La contractual, que se establecía entre la Administración y el concesionario, y la que se establecía entre el éste y el usuario del servicio.

4. La LCSP, siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos, aunque sí establece determinados aspectos cuando ésta se refiera a algún servicio público (406).

(404) Disposición adicional vigésima tercera de la LCSP, siguiendo el criterio de la STJUE 196/08 en el caso ACOSSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008.

(405) Véanse Resoluciones del TACRC número 411/2017, de 5 de mayo, que califica como concesión de servicios un contrato que conlleva el arrendamiento de locales de negocio destinados a restauración, pero que detalla de forma pormenorizada la forma de prestar el servicio al público, y del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi número 102/2017, de 20 de septiembre, que califica como concesión de servicios la explotación de cafetería y máquinas expendedoras en un hospital.

(406) Estos servicios públicos podrían ser, por ejemplo, el servicio de prevención y extinción de incendios, el suministro de agua potable, el suministro de alumbrado público, el servicio de limpieza viaria, el servicio de limpieza y recogida de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, los servicios sanitarios o docentes, el cuidado de los menores o de la tercera edad, sin olvidar la atención de los trastornos adictivos, o la prevención de la drogodependencia. De la importancia de estos servicios se derivan aspectos tan trascendentes como, por ejemplo, la aplicación de normas específicas relativas al establecimiento de su régimen jurídico y, entre otras cuestiones, a aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio, a la imposibilidad de embargo de los bienes afectos, al secuestro o a la intervención del servicio público, al rescate del mismo, o al ejercicio de poderes de policía en relación con la buena marcha del servicio público de que se trate. Véanse Resoluciones del TACRC número 411/2017, de 5 de mayo, que califica como concesión de servicios un contrato que conlleva el arrendamiento de locales de negocio destinados a restauración, pero que detalla de forma pormenorizada la forma de

El artículo 284.1 y 3 de la LCSP reitera el contenido del artículo 275.1 y 2 del TRLCSP, al señalar que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (407), y que, en caso de que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido con anterioridad su régimen jurídico, y, con claridad, el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial. Sin embargo, adiciona que su celebración será posible, no solo cuando los servicios sean de la competencia de un poder adjudicador (408), sino también, cuando sin serlo, éste ostente su titularidad.

5. Los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

La redacción que se hace en el artículo 15 y en los artículos 284 a 297 de la LCSP presenta las siguientes novedades respecto a la regulación que se efectuaba en el artículos 8, 132, 133 y 275 a 289 del TRLCSP en relación al desaparecido contrato de gestión de servicios públicos:

1. Amplía el ámbito de aplicación subjetivo a uno o varios poderes adjudicadores, es decir, a una Administración Pública-Poder Adjudicador y a una No Administración Pública-Poder adjudicador, en lugar de la situación anterior en la que los contratos de gestión de servicios públicos se podían celebrar solamente por una Administración Pública-Poder Adjudicador y por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profe-

prestar el servicio al público, y del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi número 102/2017, de 20 de septiembre, que califica como concesión de servicios la explotación de cafetería y máquinas expendedoras en un hospital.

(407) Por tanto se tratará de un ámbito subjetivo verdaderamente amplio que, sin embargo, no permitirá que se concierten con terceros los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes soberanos, tales como los que afecten al ejercicio de Potestad Sancionadora, Defensa Nacional, Seguridad Ciudadana y Sistema Penitenciario (Informe JCCA número 2/2006, de 24 de marzo) porque en ellos se pueda actuar con potestad de imposición sobre la libre capacidad de decisión de los ciudadanos y ejercitando potestades que, por su propia naturaleza, no son predicables de los administrados ni aún en el ámbito de su esfera privada. Estos servicios públicos habrán de ser gestionados por la Administración titular del servicio, bien directamente bien a través de la figura de encargo a medios propios.

(408) El artículo 284.1 de la LCSP se refiere a la Administración. Sin embargo, los autores de esta obra a efectos didácticos, a tenor de lo previsto en el artículo 15 de la LCSP que ha ampliado el ámbito de aplicación subjetivo de este contrato a una no Administración Pública-Poder adjudicador, lo refieren a un poder adjudicador.



sionales de la Seguridad Social solamente en relación a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

2. Implicará, como ya se ha señalado, la transferencia al concesionario del riesgo operacional de demanda o el de suministro, o ambos, en los términos señalados en el artículo 14.4 de la LCSP.

3. En relación a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, dentro de las actuaciones preparatorias del contrato, el artículo 285 de la LCSP dispone que deberán contener, al menos, la siguiente información adicional a la que se establecía en el artículo 133 del TRLCSP:

– Definirán el objeto del contrato, debiendo prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, sin merma de la eficacia de la prestación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99.3 de la LCSP, con la finalidad de promover la libre concurrencia.

– Regularán también la distribución de riesgos entre el poder adjudicador (409) y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

– Definirán los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores o, en su caso a los cesionarios del contrato (410), pudiendo fijarse distintos requisitos en función de las sucesivas fases de ejecución del contrato que podrán acreditarse con anterioridad al inicio de cada una de ellas las fases (411).

– Preverán la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 214, y los criterios para determinar cuando la cesión de las participaciones en la sociedad concesionaria de propósito específico deberá considerarse tal por suponer un efectivo cambio de control en la misma.

– Requerirán previamente, en todo caso, la realización y aprobación de un estudio de viabilidad o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el TFUE y tendrá carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto, y, cuando la concesión comprenda la ejecución de obras, la elaboración y aprobación administrativa del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación

(409) El artículo 284.1 de la LCSP se refiere a la Administración. Sin embargo, los autores de esta obra a efectos didácticos, a tenor de lo previsto en el artículo 15 de la LCSP que ha ampliado el ámbito de aplicación subjetivo de este contrato a una no Administración Pública-Poder adjudicador, lo refieren a un poder adjudicador.

(410) Artículo 214.2.c) de la LCSP.

(411) Artículo 86.3 de la LCSP. Si no se acredita, se resolverá el contrato por causas imputables al empresario, a tenor del artículo 211.1.b).



de las prescripciones técnicas relativas a su realización y, además, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras.

4. Respecto a la ejecución del contrato, cabe señalar lo siguiente:

– El artículo 287 de la LCSP señala, respecto del artículo 279.2 del TRLCSP, que la Administración conservará los poderes de policía solamente cuando la concesión recaiga sobre un servicio público, y adiciona que ésta únicamente podrá ser objeto de hipoteca en caso en que conlleve la realización de obras o instalaciones fijas necesarias para la prestación del servicio, y exclusivamente en garantía de deudas que guarden relación con ella.

– Respecto a las obligaciones del concesionario, el artículo 288 de la LCSP (412) adiciona en relación al artículo 280 del TRLCSP los siguientes extremos:

- En caso de extinción del contrato por cumplimiento, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.

- Dispone que el concesionario estará sujeto al cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones previstas en la legislación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el resto de la documentación contractual.

– En relación a las prestaciones económicas, el artículo 289 de la LCSP introduce las siguientes novedades respecto a la regulación que se efectuaba en el artículo 281 del TRLCSP.

– Establece que las contraprestaciones económicas pactadas se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

– Señala, como hacía el artículo 281.2 del TRLCSP, que las contraprestaciones económicas serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, pero añade que dicha revisión se ajustará, en todo caso, a lo previsto para la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público (413), y que el concesionario deberá llevar una contabilidad diferenciada, que deberá estar a disposición de la entidad contratante, y en la que se reflejarán todos los ingresos y gastos de la concesión (414).

– Dispone que, si así se hubiera establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares, el concesionario abonará a la Administración concedente un canon o participación, que se determinará y abonará en la forma y condiciones previstas en el citado pliego y en la restante documentación contractual.

(412) En su letra *d*) hace referencia indebidamente a los «Estados miembros de la Comunidad Europea» copiando el tenor literal del artículo 280.*d*) del TRLCSP.

(413) Capítulo II del Título III del Libro Primero, artículos 103 a 105, de la LCSP.

(414) Artículo 267.6 de la LCSP.

5. En relación a la modificación contractual, el artículo 290 de la LCSP mantiene el contenido que se preveía en el artículo 282 del TRLCSP respecto a la motivada por razones de interés público siempre que concurran las causas generales previstas en la misma (415).

Sin embargo, en el apartado 4 relativo a la modificación provocada para mantener el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda, establece que procederá únicamente (416), salvo que se deba a causas de fuerza mayor de las enumeradas en el artículo 239 de la LCSP, en los siguientes casos:

- Cuando la modificación sea debida a razones de interés público siempre que concurran las causas generales previstas en la LCSP.
- Cuando se deba a actuaciones de la Administración Pública concedente que tengan carácter obligatorio para el concesionario. En este caso, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará por medio de las medidas que tradicionalmente se aplicaban al extinto contrato de gestión de servicios públicos a tenor de lo que se establecía en el artículo 282.5 del TRLCSP (modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, reducción del plazo de la concesión y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato), pero ahora el apartado 5 adiciona el supuesto de modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente.

Por último, el apartado 6 del artículo 290 de la LCSP introduce de modo novedoso que el contratista tendrá derecho a desistir del contrato, sin derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes, cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

- La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de

(415) Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP, Título V del Libro I del TRLCSP.

(416) En este sentido, de modo reiterativo a juicio de los autores de esta obra, se dispone en el último párrafo del apartado 4 del artículo 290 que *«En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario»*.

acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

6. Por lo que se refiere al cumplimiento y efectos del contrato de concesión de servicios, los artículos 291 a 293 de la LCSP introducen las siguientes novedades respecto a la regulación que se hacía en los artículos 283 a 285 del TRLCSP a propósito del contrato de gestión de servicios públicos:

– Introduce, en el caso de reversión de la concesión, que los bienes afectos a ella no podrán ser objeto de embargo.

– En relación al incumplimiento por parte del contratista cuando el contrato recaiga sobre un servicio público cuando se derivase una perturbación grave y no reparable por otros medios, introduce, de modo sorprendente a juicio de los autores de esta obra, lo siguiente:

- Resulta indiferente que el incumplimiento fuera debido a causas ajenas al concesionario o a incumplimientos por parte de éste.

- Se mantiene, respecto del artículo 285 del TRLCSP, que, en tal caso, la Administración podrá acordar el secuestro o intervención del servicio público debiendo abonar el concesionario los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

- Sin embargo, como conclusión a las dos premisas anteriores, añade que, en cualquier caso, es decir, tanto si el incumplimiento fue debido a causas ajenas al concesionario como a incumplimientos por parte de éste, resultará aplicable el régimen de penalidades previsto en el artículo 264 de la LCSP para el contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de la concesión de servicios.

En relación con el citado asunto, es preciso matizar que, a tenor del artículo 263.1, no se han de confundir las causas del posible secuestro o intervención de la concesión en las que, efectivamente, lo que resulta imprescindible es que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación, de la causa motivadora de la posible imposición



de penalidades que, a nuestro juicio, ha de contar siempre con la imputabilidad al concesionario del incumplimiento del mencionado contrato (417).

7. En cuanto a las causas de resolución, el artículo 294 de la LCSP, aunque sigue la metodología que se plasmaba en el artículo 286 del TRLCSP en el sentido de realizar una remisión a la aplicabilidad a este tipo de contratos de las causas generales de resolución contractual (418), sin embargo introduce las siguientes causas de resolución:

– La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la LCSP.

– El rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.

– El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el artículo 263.3, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

En cuanto a los efectos derivados de una causa de resolución contractual, bien por la vía general del artículo 211 como por la vía específica del artículo 294 de la LCSP, cabe señalar lo siguiente:

– En el caso de demora superior a 6 meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato (art. 295.3 en relación con el artículo 294.b) de la LCSP), el concesionario (419) tendrá derecho, a par-

(417) Dicho planteamiento es el que sigue la LCSP: Artículos 29.6, último párrafo («No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos periodos en los que éstas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión»), 192.2 («Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo»), y 193.3 («Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido»).

(418) Artículo 211 de la LCSP y artículo 223 del TRLCSP que, en ambos preceptos, excluye las relativas a las demoras en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido legalmente.

(419) Este apartado 3 del artículo 295 mantiene indebidamente la expresión «contratista» que se hacía en el artículo 288.3 del TRLCSP, pues entonces la concesión era una modalidad más del contrato de gestión de servicios públicos.



tir del vencimiento del plazo previsto para su entrega y hasta la liquidación de la indemnización resultante de la resolución, al abono:

- Del interés de demora previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.

- De la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

- En los supuestos de rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público [art. 294.c)], de supresión del servicio por razones de interés público [art. 294.d)], de imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato [art. 294.e)] (420), y, en general, en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración, el concesionario tendrá derecho:

- Al importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicara un criterio de amortización lineal de la inversión.

- A la indemnización de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, se cuantificarán en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario (421).

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración (muerte o incapacidad sobrevenida o extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, declaración de concurso o la declaración

(420) A juicio de los autores de esta obra, no procede la inclusión de nuevo en el apartado 4 del artículo 295 de la LCSP de la letra *b)* del artículo 294 pues a la misma difícilmente se le podrá indemnizar por beneficios futuros y por la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla habida cuenta de su grado de amortización, cuando dicha causa se refiere a la demora superior a 6 meses por parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato. Por eso, el artículo 288.4 del TRLCSP no reproducía la letra *a)* del artículo 286 que ya tenía un tratamiento indemnizatorio específico en su apartado 3.

(421) Artículo 280.3.a) de la LCSP.



de insolvencia en cualquier otro procedimiento (422), ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, y secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el artículo 263.3, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones), el concesionario tendrá derecho a ser indemnizado, por el importe que resulte de la valoración de la concesión en los términos a que se refiere el artículo 281 de la LCSP, por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración.

8. Respecto de la posible subcontratación, el artículo 296 de la LCSP reproduce literalmente lo que se establecía en el artículo 289 del TRLCSP en relación a que solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, pero añade, a juicio de los autores de esta obra de modo innecesario, que resultarán de aplicación lo establecido en los artículos 215, 216 y 217.

4. Contrato de suministro

El sistema previsto en la LCSP respecto al contrato de suministros, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

CONTRATO DE SUMINISTRO (artículo 16)		
LCSP - TRLCSP		
BÁSICAMENTE IGUAL	SUMINISTRO ABIERTO ADQUISICIÓN Y EL ARRENDAMIENTO DE EQUIPOS Y SISTEMAS DE TELECOMUNICACIONES O PARA EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN, SUS DISPOSITIVOS Y PROGRAMAS, Y LA CESIÓN DEL DERECHO DE USO DE ESTOS ÚLTIMOS - SUMINISTR O FABRICACIÓN	- OMITI LA REFERENCIA QUE LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO HABÍA SEÑALADO QUE DE LEGE FERENDA DEBÍA NO ENTENDERSE EL PÁRRAFO "NO OBSTANTE, LA ADJUDICACIÓN DE ESTOS CONTRATOS SE EFECTUARÁ DE ACUERDO CON LAS NORMAS PREVISTAS EN EL CAPÍTULO II DEL TÍTULO II DEL LIBRO III PARA LOS ACUERDOS MARCO CELEBRADOS CON UN ÚNICO EMPRESARIO" COMO TENDENTE A QUE EN TODO CASO UN SUMINISTRO ABIERTO DEBERÍA CELEBRARSE A TRAVÉS DE UN ACUERDO MARCO - ADICIONA EL INCISO "EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES DE PUESTA A DISPOSICIÓN"
ADICIONA UN SUPUESTO MÁS		d) LOS QUE TENGAN POR OBJETO LA ADQUISICIÓN DE ENERGÍA PRIMARIA O ENERGÍA TRANSFORMADA

Gráfico número 11

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

(422) El artículo 295.1 párrafo último incluye indebidamente, a juicio de los autores de esta obra, como causa no imputable al concesionario la letra f) del artículo 211 de la LCSP que se refiere al incumplimiento de la obligación principal del contrato por parte de éste. Esta prescripción, aparte de oponerse a cualquier planteamiento razonable, contraviene lo que se preveía en el artículo 288.1 párrafo último del TRLCSP que se refería exclusivamente a las letras a) y b) del artículo 223, actuales letras a) y b) del actual artículo 211 de la LCSP.



La característica típica de este contrato, sin perjuicio de las precisiones y matizaciones que se realizarán, es que, a diferencia del contrato de obras que se refiere a bienes inmuebles, su objeto recaerá siempre sobre bienes muebles. Por lo tanto, se puede definir el contrato de suministro como aquel contrato administrativo «típico» en el que el órgano de contratación externaliza la adquisición de determinados bienes muebles en los términos señalados en la LCSP.

En cuanto a su posible objeto contractual, el artículo 16 de la LCSP introduce la novedad de incluir dentro del mismo, en la letra *d*) del apartado 3, la adquisición de energía primaria o energía transformada, pero, por lo demás, reitera básicamente el siguiente contenido que se establecía en el artículo 9 del TRLCSP:

1. La adquisición, arrendamiento financiero, o arrendamiento, con o sin opción de compra (423), de bienes muebles (424).

En el artículo 298 de la LCSP se mantiene el tenor literal del artículo 290.1 del TRLCSP pero, sin embargo, de acuerdo con lo ya analizado en esta obra en relación a la duración de los contratos (425), se suprime el apartado 2 que hacía referencia a que en el contrato de arrendamiento no se admitirá la prórroga tácita y la prórroga expresa no podrá extenderse a un período superior a la mitad del contrato inmediatamente anterior. La razón de esta supresión radica, por un lado, en que la mención a una posible prórroga por consentimiento tácito resulta innecesaria porque ya se contemplaba en el TRLCSP, y, por otro, porque la figura de la prórroga expresa ha sido regulada de nuevo cuño por la LCSP (426).

(423) Véanse Informes JCCA número 29/2007, de 5 de julio, relativo a la figura del «renting», y número 18/2003, de 17 de noviembre, en el que explica esta figura a la luz de la doctrina legal del Tribunal Supremo en relación al origen de la misma y a los dos contratos, de compraventa y de arrendamiento con opción de compra o arrendamiento financiero, por el que la sociedad de leasing cede durante un tiempo la posesión y disfrute de tales bienes al usuario mediante una contraprestación dineraria fraccionada, con otorgamiento de una opción de compra a su término por el valor residual fijado en el contrato.

(424) Véanse los siguientes objetos contractuales:

- Compra de semovientes: Informe JCCA número 21/1998, de 30 de junio.
- Construcción de un buque: Informe JCCA número 51/1997, de 2 de marzo de 1998.
- Compra de obras de arte: Informes JCCA números 45/2009, de 1 de febrero de 2010 y 55/1999, de 21 de diciembre.
- Suministro de energía eléctrica: Informe JCCA número 59/2005, 24 de marzo de 2006.

(425) Tercera Parte, apartado 7 Duración.

(426) La LCSP introduce, respecto del contrato de suministro, las siguientes novedades:

- Establece la posibilidad de que los contratos de suministro puedan prorrogarse cuando a su vencimiento no se hubiera formalizado el nuevo contrato como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación. Dicha prórroga se extenderá hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de 9 meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de 3 meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.



2. La entrega de una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente (427).

Sobre este caso, la LCSP acaba felizmente con el desafortunado párrafo segundo del artículo 9.3.a) del TRLCSP que señalaba que «*No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario*», y que, de «*lege ferenda*», había quedado superado por la interpretación realizada por la Abogacía General del Estado (428).

En relación a este tipo de contrato de suministro, la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP dispone, de modo totalmente novedoso, que deberá aprobarse un presupuesto máximo. En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en los pliegos dicha posibilidad, en los términos previstos en el artículo 204 de la LCSP, y la citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades.

– Mantiene, respecto de lo previsto en el artículo 23 del TRLCSP, que el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas, pero añade que ello será así sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la LCSP.

– En cuanto a la obligatoriedad de la prórroga acordada por el órgano de contratación, a diferencia de lo que se regulaba en el mencionado artículo 23 del TRLCSP que lo vinculaba a que el contrato expresamente previera lo contrario, ahora la LCSP establece que para ello es necesario que medie un preaviso con al menos 2 meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de dicha obligación, lógicamente, los contratos cuya duración fuera inferior a dicho plazo.

Además, dispone que la prórroga del contrato no será obligatoria para el contratista en los casos en que en el contrato se dé la causa de resolución establecida en el artículo 198.6 de la LCSP por haberse demorado la Administración en el abono del precio más de 6 meses.

(427) Algunos órganos de contratación han acuñado para este tipo de contratos la denominación de «*Suministros Abiertos*» que, finalmente, se ha aplicado en la Resolución del TACRC número 225/2013, de 12 de junio. Se caracterizan porque el contratista solamente adquiere el derecho a suministrar, en exclusiva y a demanda de la Administración Pública, el bien seleccionado durante el plazo determinado en el contrato. No tiene el derecho a servir el bien seleccionado hasta agotar el precio del contrato. Puede ser que sea así pero no necesariamente. Los empresarios siempre demandaron que, si no era seguro que la expectativa del negocio pudiera llegarse a materializar en su totalidad, la garantía no debería exigirse respecto al valor total del contrato. Sin embargo, ni el TRLCAP ni la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ni el TRLCSP ni la LCSP llegaron a contemplar dicha posibilidad.

(428) Circular 7/2009, de 14 de julio, de la Abogacía General del Estado, sobre los acuerdos marco en contratos de suministro en relación a la interpretación del artículo 9.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.



3. La adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de éstos (429), en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios. En este último caso, a tenor del artículo 308.1 párrafo primero de la LCSP, el objeto del contrato podrá definirse por referencia a componentes de prestación del servicio.

Sin perjuicio de lo señalado, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

4. Los de fabricación según las características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante (430), aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

El artículo 299 de la LCSP establece, respecto a la aplicación de normas y usos vigentes en comercio internacional y a diferencia de lo que contemplaba el artículo 291.1 del TRLCSP, que, aunque a los contratos de fabricación se le continuarán aplicando directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin embargo añade que se acomodarán a las relativas al contrato de suministro en lo relativo, ya no solo a su publicidad, sino al procedimiento de adjudicación que resulte aplicable.

Por su parte, el artículo 303 de la LCSP recoge el tenor literal que se establecía en el artículo 295 del TRLCSP respecto a las facultades de la Administración en el proceso de fabricación, al señalar que ésta tendrá la facultad de inspeccionar y de ser informada del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido.

(429) Véase STJUE de 3 de julio de 2012 (Gran Sala), Caso *UsedSoft GMBH contra Oracle International Corp.*, Ponente: V. Skouris, Asunto C-128/11.

(430) El artículo 291.2 del TRLCSP que señalaba que los contratos de suministro que se celebren con empresas extranjeras, cuando su objeto se fabrique o proceda de fuera del territorio nacional, así como los contratos de suministros que, con estas empresas, celebre el Ministerio de Defensa y que deban ser ejecutados fuera del territorio nacional, se regirán por la presente Ley, sin perjuicio de lo que se convenga entre las partes de acuerdo con las normas y usos vigentes en el comercio internacional, se ha incorporado en la LCSP como una nueva disposición adicional vigésima primera relativa a los contratos de suministro con empresas extranjeras.



5. *Contrato de servicios*

El sistema previsto en la LCSP respecto al contrato de servicios, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

CONTRATO DE SERVICIOS (artículo 17)	
LCSP - TRLCSP	
- BÁSICAMENTE IGUAL POR EXCLUSIÓN DE LOS OBJETOS DE LOS CONTRATOS DE OBRAS Y SUMINISTROS - EXCLUYENDO LOS SERVICIOS QUE IMPLIQUEN EJERCICIO DE LA AUTORIDAD INHERENTE A LOS PODERES PÚBLICOS - ACABA CON LA DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS INCLUIDOS (CATEGORÍAS 1-16, ANEXO II TRLCSP) Y EXCLUIDOS (CATEGORÍAS 17-27, ANEXO II TRLCSP)	
DIFERENCIAS	
ADICCIÓN	- <i>“INCLUYENDO AQUELLOS EN QUE EL ADJUDICATARIO SE OBLIGUE A EJECUTAR EL SERVICIO DE FORMA SUCESIVA Y POR PRECIO UNITARIO”</i>
SUPRESIÓN	- SUPRIME EL ANEXO II DEL TRLCSP EN EL QUE PROMENORIZABAN LAS DISTINTAS CATEGORÍAS PROPIAS DEL CONTRATO DE SERVICIOS

Gráfico número 12

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

El artículo 17 de la LCSP introduce respecto del artículo 10 del TRLCSP dos novedades:

1. Incluye, dentro de las prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro que no implique ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos (431), los servicios que el contratista (432) se obligue a ejecutar de forma sucesiva y por precio unitario.

En esta novedad que, por similitud con lo ya comentado para el contrato de suministro podría denominarse «*Servicios Abiertos*», la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP dispone, de modo totalmente novedoso, que deberá aprobarse un presupuesto máximo. En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las prestaciones reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondien-

(431) Véase Informes JCCA número 52/2009, de 26 de febrero de 2010, y número 2/2006, de 24 de marzo.

(432) A juicio de los autores de esta obra, el primer párrafo del artículo 17 de la LCSP se refiere indebidamente al «*adjudicatario*».



te modificación. A tales efectos, habrá de preverse en los pliegos dicha posibilidad, en los términos previstos en el artículo 204 de la LCSP, y la citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades.

2. Suprime la distinción que a efectos de publicidad comunitaria se realizaba en el Anexo II del TRLCSP entre servicios prioritarios, categorías 1 a 16, y no prioritarios, categorías 17 a 27.

A su vez, se incluye un nuevo Anexo IV relativo a los siguientes servicios especiales:

– Servicios sociales y otros servicios específicos sujetos a regulación armonizada por tener un valor estimado igual o superior a 750.000 euros [art. 22.1.c) de la LCSP].

– Servicios especiales, públicos o no, que reúnan las condiciones para ser celebrados a través de la figura del contrato de concesión de servicios, que deberán publicitarse en todo caso mediante anuncio de información previa (art. 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta de la LCSP).

De acuerdo con lo señalado, a juicio de los autores de esta obra, se tratará de un Anexo que resultará aplicable, según los casos, tanto a la figura del contrato de concesión de servicios como de servicios (433).

En cuanto a su contenido y límites, el artículo 308 de la LCSP introduce la siguientes novedades sobre la regulación que se hacía en el artículo 301 del TRLCSP:

1. En relación a la incidencia de un posible derecho de propiedad intelectual o industrial, aunque el artículo 308.1 de la LCSP reproduce lo que señalaba en el artículo 301.2 del TRLCSP insistiendo en que el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a las entidades pertenecientes al sector público y, salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, conllevará su cesión a la Administración contratante, sin embargo, en el último párrafo del artículo 122.2, matiza que para ello será necesario que en los mismos se especifique si se va o no a exigir al contratista dicha transferencia de derechos.

2. Insiste en la figura de la cesión ilegal de trabajadores, regulada bajo determinadas condiciones en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del

(433) En este caso, se volverá a reproducir el debate sobre la naturaleza de determinadas prestaciones que ya con anterioridad se discutía si se trataba de un contrato de servicios o de un contrato de gestión de servicios públicos (véanse Informes JCCA número 65/2008, de 31 de marzo de 2009; número 64/2009, de 26 de febrero de 2010, respecto de un contrato cuyo objeto es salvamento y socorrismo en las playas de un término municipal; Resolución del TACRC número 154/2011, de 1 de junio, sobre un contrato de transporte marítimo de pasajeros).



Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET), al introducir en el mencionado artículo 308 un apartado 2 en el que señala que en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores, añadiendo que, a tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.

Lo que subyace es la problemática de que, a través de un contrato de servicios, pudiera intentarse una contratación encubierta y, por tanto fraudulenta, de personal al servicio del Sector Público. El ET, en su artículo 43, es taxativo al señalar que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. En caso de que se incurra en dicha cesión ilegal, se producirán las siguientes consecuencias:

– Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria.

– Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

– El cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades (434), incluso penales, que procedan por dichos actos.

Con la finalidad de prevenir esta práctica fraudulenta, en las Instrucciones de 28 de diciembre de 2012, dictadas conjuntamente por las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores (435), aplicables directamente a las entidades que sean Administra-

(434) Constituye una infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

(435) Con anterioridad esta situación se había puesto de manifiesto en la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en Personal Laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales.

ción Pública-Poder Adjudicador y no Administración Pública-Poder Adjudicador, pudiendo servir de base a los criterios que establezcan las que no sean poderes adjudicadores, se recomiendan algunas reglas básicas a la hora de diseñar la estrategia del contrato (436).

3. En los contratos de servicios que impliquen el desarrollo o mantenimiento de aplicaciones informáticas el objeto del contrato podrá definirse por referencia a componentes de prestación del servicio. A estos efectos, en el pliego de cláusulas administrativas particulares se establecerá el precio referido a cada componente de la prestación en términos de unidades de actividad, definidas en términos de categorías profesionales o coste, homogéneas para cualquier desarrollo, de unidades de tiempo o en una combinación de ambas modalidades.

Esta definición deberá completarse con referencia a las funcionalidades a desarrollar, cuyo marco deberá quedar determinado inicialmente, sin perjuicio de que puedan concretarse dichas funcionalidades por la Administración atendiendo a consideraciones técnicas, económicas o necesidades del usuario durante el período de ejecución, en los términos en que se prevean en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La financiación y pago de estos contratos se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de los componentes de prestación requeridos, debiendo adoptarse a este fin por el responsable del contrato, las medidas que

(436) – Se ha de externalizar la contratación de un servicio integral. En este sentido, a la hora de motivar la necesidad del contrato, describir su objeto o emitir el preceptivo certificado de insuficiencia de medios, no resultará apropiado hacer referencia a la falta de personal para prestar el servicio a contratar.

– En el expediente de contratación deberá acompañarse la motivación que propicia la contratación, de modo que queden perfectamente identificados los aspectos organizativos y funcionales que serán asumidos por la empresa contratista. A tal efecto, en los pliegos y en los documentos en que se plasmen las condiciones de las encomiendas, deberán quedar perfectamente definidos los siguientes aspectos: 1. Se determinarán con precisión las prestaciones a realizar que deberán encontrarse perfectamente deslindadas de la actividad desarrollada por la entidad contratante a través de su propio personal. 2. Deberá designarse por parte del contratista al menos un coordinador técnico o responsable que será el interlocutor con quien se relacionará únicamente la entidad contratante. 3. El contratista habrá de ejercer el poder de dirección inherente a todo empresario. 4. No se admitirán en los contratos o encomiendas cláusulas de subrogación empresarial. 5. Con carácter general, la determinación del presupuesto se realizará atendiendo al coste de los trabajos objeto del contrato o encomienda. 6. Con carácter general, la prestación de los servicios derivados de un contrato administrativo se efectuará en dependencias o instalaciones propias del contratista. 7. Se establecerán cláusulas de indemnidad a favor del Departamento, agencia, ente, organismo o entidad contratante o encomendante. 8. El personal de las empresas no podrá tener acceso a cursos de formación (salvo los que pudieran ser obligatorios, en su caso, en materia de prevención de riesgos laborales), uso del servicio médico (salvo en casos de urgencia), uso de gimnasio o instalaciones similares, Centro de Educación Infantil, aparcamientos y zonas de estacionamiento reservado, programas socio-culturales o prestaciones de acción social, realización de reconocimientos médicos de carácter periódico, medios de transporte dispuestos para el personal del departamento, acceso al correo electrónico corporativo (si fuera preciso, debería reflejarse que se trata de personal externo), tarjetas de control de acceso de empleados públicos, tarjetas de visita, acceso a la Intranet corporativa y, en general, acceso a otros servicios que se hubieran previsto «*exclusivamente*» para empleados públicos. 9. En ningún caso los trabajadores de las empresas contratistas, ni aquellos que presten servicios en virtud de una encomienda de gestión, podrán percibir indemnizaciones por razón de servicio.



sean necesarias para la programación de las anualidades y durante el período de ejecución.

La LCSP, en su artículo 312, introduce una importante novedad en relación a las especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

A juicio de los autores de esta obra, la ubicación de este objeto contractual dentro de la regulación que dedica la LCSP al contrato de servicios, no ha de orientar al órgano de contratación a plantear siempre esta estrategia sino que también, por las prescripciones a las que se va a hacer mención a continuación, podría tratarse perfectamente a través de la figura del contrato de concesión de servicios.

Sea un contrato de servicios o un contrato de concesión de servicios, se deben observar las siguientes prescripciones:

1. Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente:

- La actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma.
- Determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados.
- Regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

2. El adjudicatario estará sujeto a las siguientes obligaciones:

- Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada.
- Cuidar del buen orden del servicio.
- Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración.
- Entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

3. Los bienes afectos a los servicios no podrán ser objeto de embargo (437).

4. Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el

(437) Artículos 291.3 y 312.c) de la LCSP.

contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

5. La Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

6. Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones (438).

7. Establece como causas específicas de resolución contractual, aparte de las generales predicables de cualquier contrato, las relativas al rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público [art. 294.c)], la supresión del servicio por razones de interés público [art. 294.d)], y el secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el artículo 263.3, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones [art. 294.f)].

6. Régimen jurídico

El régimen jurídico de los contratos administrativos «típicos», a tenor del artículo 25.2 de la LCSP que reitera el tenor literal del artículo 19.2 del TRLCSP, tendrá el siguiente orden de prelación de fuentes:

(438) Instrucciones de 28 de diciembre de 2012, dictadas conjuntamente por las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, establecen que, con carácter general, la prestación de los servicios derivados de un contrato administrativo se efectuará en dependencias o instalaciones propias del contratista. El personal de las empresas no podrá tener acceso a cursos de formación (salvo los que pudieran ser obligatorios, en su caso, en materia de prevención de riesgos laborales), uso del servicio médico (salvo en casos de urgencia), uso de gimnasio o instalaciones similares, Centro de Educación Infantil, aparcamientos y zonas de estacionamiento reservado, programas socio-culturales o prestaciones de acción social, realización de reconocimientos médicos de carácter periódico, medios de transporte dispuestos para el personal del departamento, acceso al correo electrónico corporativo (si fuera preciso, debería reflejarse que se trata de personal externo), tarjetas de control de acceso de empleados públicos, tarjetas de visita, acceso a la Intranet corporativa y, en general, acceso a otros servicios que se hubieran previsto «*exclusivamente*» para empleados públicos.



1. En primer lugar, por la LCSP en lo que respecta a la preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos.

En este sentido y de manera expresa, el artículo 297 de la LCSP señala que, en lo no previsto en el Capítulo III del Título II del Libro Segundo, relativo al contrato de concesión de servicios, será de aplicación la regulación establecida respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel.

2. Subsidiariamente, por las normas de Derecho Administrativo. Sobre este particular, resulta muy importante la incidencia de la LPACAP (439) en materia de caducidad (440) pero no en relación a la aplicación de la figura del silencio administrativo positivo (441).

3. En defecto de las anteriores, por las normas de Derecho Privado.

c) CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

1. *Concepto*

El artículo 25.1.b) de la LCSP señala, al igual que hacía el artículo 19.1.b) del TRLCSP, que son contratos administrativos especiales aquellos que de suyo serían contratos privados pero que, por su vinculación con el giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, o porque así se declare en una Ley, se consideran contratos administrativos especiales.

Para ello es preciso que no se trate de contratos privados por expresa referencia en el artículo 25.1.a) 1.º [servicios financieros (442) y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos (443)] y 2.º [suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (444)] de la LCSP, y que no se trate de contratos administrativos «*típicos*». A la categoría de contratos administrativos especiales

(439) Disposición final cuarta segunda de la LCSP, sobre normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados.

(440) SSTS de 19 de julio de 2004, de 13 de marzo de 2008, de 8 de setiembre de 2010, de 28 de junio de 2011, y de 28 de enero de 2014.

(441) Véanse SSTS de 28 de febrero de 2007, de 17 de diciembre de 2008, y de 13 de septiembre de 2012. Véanse, sobre silencio administrativo negativo, las SSTS de 21 de marzo de 2006, de 29 de mayo y de 9 de julio de 2007, y de 5 febrero 2008.

(442) CPV de 66100000-1 a 66720000-3.

(443) CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

(444) Disposición adicional novena. Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.



pertenecerán, por ejemplo, los contratos de prestación de los servicios de cafetería y comedor en organismos públicos (445).

Presentan algunas dudas los contratos cuyo objeto consista en la instalación de oficinas bancarias, cajeros automáticos, estafetas de correos u otros análogos, en los que es preciso tener presente que, al amparo del artículo 89 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, puede tratarse de un contrato patrimonial de naturaleza privada (arrendamiento), ya que no se trata de contratos cuyo objeto vaya destinado en exclusiva a la Administración contratante (446). Habrá que analizar caso a caso y, sobre todo, estudiar si dicha prestación se produce como consecuencia de otro contrato privado (447) o administrativo especial.

En los contratos menores no se prevé la existencia de contratos administrativos especiales (448).

Aparte de lo ya señalado, la cuestión más delicada, en relación a la calificación jurídica de un contrato administrativo como especial, reside en los casos en los que la Administración interpreta que el contrato celebrado reviste tal naturaleza pero su motivación causal no se ha incluido en el mismo (449). Se trata de supuestos en los que la mencionada Administración ejercita las prerrogativas administrativas cuando no se encuentra habilitada para ello. En relación a dicha cuestión, conviene recordar que la calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende de que el fin público a realizar se incluya expresamente como causa del contrato, es decir, que sea admitida como tal por ambas partes (450).

(445) Véanse Informes JCCA números 14/1991, de 10 de julio, 5/1996, de 7 de marzo, 67/1999, de 6 de julio de 2000, 24/2005, de 29 de junio, y 48/2006, de 11 de diciembre, y Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

(446) Véanse Informes JCCA números 14/1991, de 10 de julio, 5/1996, de 7 de marzo, 67/1999, de 6 de julio de 2000, 24/2005, de 29 de junio, y 48/2006, de 11 de diciembre.

(447) Podría ser, por ejemplo, la instalación de determinados cajeros en las sede del órgano de contratación sea consecuencia de una cláusula prevista en el contrato privado de servicios financieros. En relación a la contratación de dichos servicios téngase en cuenta lo previsto en el artículo 108 y 109 de la LGP sobre canalización de los ingresos y pagos de la Administración General del Estado.

(448) Véase Informe JCCA número 38/2005, de 26 de octubre.

(449) Véase STS de 30 abril 2013, en la que se analizaba un contrato, calificado indebidamente como administrativo especial, por el que se adquirirían determinadas concesiones mineras para la construcción de un polígono industrial.

(450) Véase la STS de 31 de octubre de 1995, con cita de las SSTS de 15 de junio de 1976, 28 de noviembre 1981 y 8 de marzo de 1986, conforme a los cuales la calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato (SSTS de 21 de marzo de 2003, con cita de las SSTS de 24 de noviembre de 1993, 1 de abril de 1998, y 30 de noviembre de 2000).



2. Régimen jurídico

El régimen jurídico de los contratos administrativos especiales, a tenor del inciso final del artículo 25.2 de la LCSP que reitera el tenor literal del inciso final del artículo 19.2 del TRLCSP, tendrá el siguiente orden de prelación de fuentes:

1. En primer lugar, se regirán por sus propias normas específicas (451).
2. Subsidiariamente, por la LCSP en lo que respecta a la preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos.
3. En defecto de las anteriores, por las normas de Derecho Administrativo. Sobre la aplicación supletoria de la LPACAP (452), se reitera lo ya señalado a propósito de los contratos administrativos «típicos» en relación a la caducidad (453) y a la inaplicación de la figura del silencio administrativo positivo (454).
4. Por último, se aplicarán las normas de Derecho Privado.

d) CONTRATOS MIXTOS

1. Introducción

Se habla de contrato mixto cuando en un solo contrato se combinan diferentes objetos contractuales, bien desde el punto de vista de la naturaleza propia de cada uno de ellos, administrativos y privados, bien desde la perspectiva de la norma que disciplina cada uno de ellos.

La LCSP regula de nueva planta la figura del contrato mixto a la luz de la Directiva 2014/24/UE pero, sin embargo, a juicio de los autores de esta obra, deja muchas dudas interpretativas al introducir un concepto jurídico indeterminado a la hora de dirimir el régimen jurídico aplicable a las fase de preparación y/o adjudicación del contrato, el de la «prestación principal», que deja sin aclarar.

(451) En relación a los servicios de cafetería y restauración, que tengan la naturaleza de contratos administrativos especiales, resulta aplicable el artículo 44 del ET, que se refiere a la sucesión de empresa, y en virtud del cual el nuevo contratista tiene la obligación de continuar con los trabajadores que tuviera el anterior contratista. En relación con la posible responsabilidad patrimonial por parte de la Administración, véase Dictamen del Consejo de Estado número 144/2009 (Fomento Interior), de 19 de febrero.

(452) Disposición final cuarta segunda de la LCSP, sobre normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados.

(453) SSTs de 19 de julio de 2004, de 13 de marzo de 2008, de 8 de setiembre de 2010, de 28 de junio de 2011, y de 28 de enero de 2014.

(454) Véanse SSTs de 28 de febrero de 2007, de 17 de diciembre de 2008, y de 13 de septiembre de 2012. Véanse, sobre silencio administrativo negativo, las SSTs de 21 de marzo de 2006, de 29 de mayo y de 9 de julio de 2007, y de 5 febrero 2008.



El artículo 12 del TRLCSP, al igual que hacía su homónimo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establecía una regla bastante sencilla en virtud de la cual se aplicaba la técnica de yuxtaposición de regímenes jurídicos en lo que se refiere a la preparación y ejecución del contrato respecto a la regulación que realizaba el artículo 6 del TRLCAP (455), que hacía que la prestación que tuviera más importancia desde el punto de vista económico rigiera tanto la preparación como la ejecución del contrato.

Hasta la entrada en vigor de la LCSP la regla era clara: En la fase de preparación, cada objeto contractual deberá respetar sus propios requisitos, mientras que en la fase de adjudicación se aplicarían las normas propias de la prestación que tuviese el mayor valor estimado.

2. Régimen jurídico

A tenor del artículo 18.1, párrafo segundo en relación al artículo 34.2 de la LCSP, al igual que se establecía en los artículos 12 y 25.2 del TRLCSP, únicamente podrán celebrarse contratos mixtos cuando las prestaciones correspondientes a diferentes contratos se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato mixto se detallará, a tenor del último inciso del artículo 122.2, párrafo primero de la LCSP, el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

De acuerdo con la premisa señalada en el párrafo anterior, el mencionado artículo 18 articula el régimen jurídico aplicable de la siguiente manera:

1. Prestaciones diferentes reguladas en la LCSP:

– Fase de preparación:

El Exponendo IV del Preámbulo de la LCSP crea una cierta alarma cuando señala que *«Respecto de la preparación y adjudicación, la regla general es que al contrato mixto se le aplican, según los casos, las normas del contrato cuya prestación sea la principal o cuyo valor estimado sea más elevado»*, ya que pudiera deducirse que se vuelve a la

(455) Véase la Resolución del TACRC número 243/2011, de 19 de octubre.

situación que consagraba el artículo 6 del TRLCAP que, como ya se ha señalado, ha quedado felizmente superada.

Por su parte, el artículo 18. 1 y 2 de la LCSP guarda silencio sobre este particular ya que solamente se refiere a la adjudicación de estos contratos, mientras que en el apartado 3 realiza unas puntualizaciones en relación a la preparación de ciertos contratos.

A juicio de los autores de esta obra, en la fase de preparación de cada prestación se ha de respetar lo propio de cada una de ellas según lo previsto en la LCSP y, en especial por expresa mención en el citado artículo 18.3 los siguientes extremos:

- Cuando un elemento del contrato mixto fuera una obra y ésta supere los 500.000 euros, deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los artículos 231 de la LCSP.

- En el supuesto de que el contrato mixto contenga elementos de una concesión de obras o de una concesión de servicios, deberá acompañarse del correspondiente estudio de viabilidad y, en su caso, del anteproyecto de construcción y explotación de las obras previstos en los artículos 247, 248 y 285 de la LCSP.

- Fase de adjudicación: Artículo 18.1 de la LCSP.

- Prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal.

- Prestaciones consistentes en servicios especiales del Anexo IV, y en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios.

- Prestaciones consistentes en servicios y en suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.

- Prestaciones propias de los contratos de obras, suministros o servicios, y de contratos de concesiones de obra o concesiones de servicios, se actuará del siguiente modo:

- Si las prestaciones no son separables, se atenderá al carácter de la prestación principal.

- Si las prestaciones son separables:

- Si se decide adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos supere las cuantías previstas para los contratos sujetos a regulación armonizada.

- Si se decide adjudicar más de un contrato, se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.



2. Prestaciones diferentes reguladas en la LCSP y en otra norma legal:

- Fase de preparación:
- Fase de adjudicación: Artículo 18.2 de la LCSP.

- Si las prestaciones no son separables, se atenderá al carácter de la prestación principal.

- Si las prestaciones son separables y se decide celebrar un único contrato, se aplicará lo dispuesto en la LCSP.

3. Régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción:

A tenor de lo previsto en el artículo 18.1 párrafo último en relación al artículo 122.2 párrafo primero, inciso final de la LCSP, se establece que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se detallará el régimen jurídico aplicable, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

B. Contratos privados

a) CONCEPTO

Los contratos privados (456) son aquellos cuyo objeto sea distinto a los propios de un contrato administrativo «típico» o de un contrato administrativo especial, o que, por expresa referencia en el artículo 25.1.a) 1.º y 2.º de la LCSP, tengan por objeto servicios financieros (457), la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos (458) y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (459).

Respecto de los contratos privados, a diferencia de lo ya señalado para los contratos administrativos especiales, cabe la aplicación de la figura de

(456) En este grupo se encontrarían, por ejemplo, los contratos de compraventa de una finca (Informe JCCA número 55/2005, de 19 de diciembre); de seguro para el personal del propio IMSERSO o para los beneficiarios del Programa de Termalismo Social y para los beneficiarios del Programa de Vacaciones, o cuyo objeto fuera la prórroga del seguro colectivo de accidentes para el personal adscrito al INSS; el contrato de cesión de uso, a favor del IMSERSO, de espacio en un recinto ferial para la celebración del Salón Internacional para las personas mayores, los de adquisición de bienes inmuebles (Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social); o los contratos celebrados con artistas (grupos musicales, cantantes, compañías de teatro o similares) (Informes JCCA números 35/1996, de 30 de mayo, 67/1996, de 18 de diciembre, 4/1998, de 2 de mayo, y 50/2006, de 11 de diciembre).

(457) CPV de 66100000-1 a 66720000-3.

(458) CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

(459) Disposición adicional novena. Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.



los contratos menores, ya que el Legislador no ha previsto para ellos ningún contenido específico (460).

b) ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

A tenor del artículo 26.1 de la LCSP, tendrán la consideración de contratos privados los que celebren una Administración Pública-Poder Adjudicador, una no Administración Pública-Poder Adjudicador y un no Poder Adjudicador, a tenor de lo que se deduzca de aplicar lo previsto en el artículo 3.2 y 3 a las diferentes entidades del Sector Público.

c) RÉGIMEN JURÍDICO

El artículo 26.2, 3 y 4 de la LCSP distingue en función del ámbito de aplicación subjetivo los siguientes supuestos:

1. Cuando el contrato privado es celebrado por una Administración Pública-Poder Adjudicador:

– Contratos privados, en general: Fases de preparación y adjudicación, se seguirá el siguiente orden de prelación:

- Normas específicas.
- Normas aplicables a un contrato administrativo (Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP y disposiciones de desarrollo).
- Normas de derecho administrativo o de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante.
- Normas de derecho privado, respecto a sus efectos, modificación y extinción.

– Contratos privados de servicios financieros, la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos:

- Fases de preparación y adjudicación: Normas aplicables a un contrato administrativo (Libro Segundo de la LCSP).
- Efectos y extinción:

- Contrato no sujeto a regulación armonizada, normas de derecho privado.

(460) Informes JCCA números 67/1996, de 18 de diciembre, 47/1998, de 2 de marzo, 18/2007, de 26 de marzo.

- Contrato sujeto a regulación armonizada, normas de derecho privado salvo lo establecido en la LCSP en relación a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos.

2. Cuando el contrato privado es celebrado por una no Administración Pública-Poder Adjudicador:

– Fases de preparación y adjudicación: Artículos 316 a 320 de la LCSP (Título I del Libro Tercero).

– Efectos y extinción:

- Normas de derecho privado.
- Normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de Racionalización Técnica de la Contratación.

• Causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.

3. Cuando el contrato privado es celebrado por un no Poder Adjudicador: Se regirán por lo dispuesto en los artículos 321 y 322 de la LCSP.

En lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación.

3. ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN (461)

A. Autorización previa del Consejo de Ministros

Como cuestión previa, es necesario recordar que la LCSP, como también hacían el TRLCSP y el TRLCAP, establece la necesidad de que los órganos de contratación del Sector Público Estatal cuenten con la previa autorización del Consejo de Ministros.

Ahora bien, en este caso el artículo 324.1 de la LCSP aunque mantiene la necesidad de contar con dicha autorización cuando el valor estimado

(461) En lo que respecta a los órganos de contratación, la LCSP regula (disposición final primera.3), con el carácter de no básicos, algunos preceptos (arts. 323 y 325) que se refieren a la competencia en el ámbito de la Administración General del Estado y, con el carácter de normativa básica, ciertos aspectos que han de ser respetados en la contratación llevada a cabo por las entidades pertenecientes a la Administración Local.



del contrato supere los 12 millones de euros, y cuando el pago de los contratos se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y el número de anualidades supere cuatro años, sin embargo suprime el caso de que se tratara de contratos de carácter plurianual y se modificaran los porcentajes y anualidades a que se refiere el artículo 47 de la LGP pero adiciona un supuesto nuevo centrado en los acuerdos marco cuyo valor estimado sea igual o superior a 12 millones de euros, de modo que, una vez autorizada la celebración de éstos, no serán necesarias nuevas autorizaciones para la celebración de los contratos basados.

A pesar de esta autorización previa, como se señala en el artículo 324.2 párrafo último de la LCSP, la aprobación del expediente de contratación y la aprobación del gasto corresponde al órgano de contratación, siempre que ambas competencias vayan unidas como suele ser habitual, ya que, en caso contrario, la aprobación del gasto habría que recabarla de la autoridad competente en dicha materia. Por lo tanto, en caso de autorización previa, es preciso tener presente que el Consejo de Ministros no es, en ningún caso, órgano de contratación (462).

Por dicho motivo, la autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la celebración del contrato, sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados por el órgano de contratación, ni exima de la responsabilidad que corresponda a este respecto de la tramitación y aprobación de los distintos documentos que conformen el expediente.

En el resto de apartados del mencionado artículo 324 se introducen las siguientes novedades respecto de lo que se establecía en el artículo 317 del TRLCSP:

1. Se dispone que a efectos de obtener la citada autorización, los órganos de contratación deberán remitir al menos los siguientes documentos:

- Justificación sobre la necesidad e idoneidad del contrato a que se refiere el artículo 28 de la LCSP.
- Certificado de existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación.
- Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- Informe del servicio jurídico al pliego.
- De resultar preceptivo, el informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Hacienda y Función Pública, antes de la tramitación de la autorización del Consejo de Ministros y de la aprobación del expediente de con-

(462) Véase Informe JCCA número 20/2003, de 20 de junio.

tratación y del gasto, en los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, si el valor estimado de éste es igual o superior a 12 millones de euros, sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que implique, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, según lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en lo sucesivo, LOEPSF), o cualquiera que sea dicho valor cuando, en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos. En los casos en que concurren ambas circunstancias (valor estimado igual o superior a doce millones de euros y financiación con cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos), el informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública será único.

En la elaboración de dichos informes se deberá tener en cuenta, en el ámbito del sector público estatal, el informe que al respecto emita el Comité Técnico de Cuentas Nacionales, creado por la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

2. Mantiene la posibilidad de que el Consejo de Ministros pudiera reclamar discrecionalmente el conocimiento y autorización de cualquier otro contrato, pero suprime el caso contrario, que sí se contemplaba en el artículo 317.3 del TRLCSP en el sentido de que el órgano de contratación, a través del Ministro correspondiente, pudiera elevar un contrato no comprendido en los casos tasados a la autorización previa del Consejo de Ministros.

3. Sigue contemplando que si el Consejo de Ministros hubiese autorizado la celebración de un contrato deberá autorizar igualmente su modificación y resolución, pero matiza, de acuerdo con la nueva regulación que se efectúa respecto a las modificaciones contractuales en los artículos 203 a 207 de la LCSP, que dicha autorización previa será precisa siempre que la modificación no se hubiera incluido en los pliegos y representara un porcentaje que, aislada o conjuntamente, resultara superior al 10 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

En este particular es preciso tener presente que, en el caso de contratos de concesión de autopistas de competencia estatal, la disposición adicional trigésima de la LCSP mantiene, como lo hacía la disposición adicional trigésima primera del TRLCSP, que será necesaria la autorización del Consejo de Ministros para su celebración, y, en su caso, modificación y resolución contractual.

4. En el caso de una no Administración Pública-Poder Adjudicador, los Secretarios de Estado, o en su defecto, los titulares de los departamentos ministeriales a que se halle adscrita, podrán fijar el importe del



valor estimado a partir del cual será necesaria su autorización para la celebración de los contratos. A tal efecto, dichas entidades podrán elevar a la Secretaría de Estado a la que se hallen adscritas, o en su defecto, al titular del departamento ministerial de adscripción, la correspondiente propuesta.

La disposición transitoria segunda de la LCSP, sobre determinación de cuantías por los departamentos ministeriales respecto de las entidades que tengan la consideración de poder adjudicador y que estén adscritos a los primeros, establece que, hasta el momento en que los Secretarios de Estado, o en su defecto, los titulares de los departamentos ministeriales fijen la cuantía para la autorización citada en el párrafo anterior, será de aplicación la cantidad, calculada de conformidad con el artículo 101, de 900.000 euros (463).

B. Clases de competencia

El artículo 61 de la LCSP, al igual que establecía el artículo 51 del TRLCSP, dispone que la representación de las entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre. Los órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar sus competencias y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias, en el caso de que se trate de órganos administrativos, o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación.

En este sentido, el artículo 323 de la LCSP sigue contemplando el esquema que seguía el artículo 316 del TRLCSP de modo que, dentro de las competencias en materia de contratación, es preciso distinguir entre órganos de contratación con competencia *originaria* de aquellos otros que la ejercitan con carácter *derivativo* por desconcentración o delegación de éstos:

(463) Véanse el apartado 2.6 sobre «*Sujeción de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, a la autorización prevista en el artículo 324.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y en la disposición transitoria 2.ª para la celebración de contratos cuyo valor estimado sea superior a 900.000 euros*» de la Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, que señala que la claridad de ambos preceptos nos debe llevar a concluir que la autorización del artículo 324.5 y la regla recogida en la disposición transitoria segunda resultan aplicables, desde la fecha de entrada en vigor de la LCSP, a todos los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, y la Resolución de 7 de mayo de 2018, de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, por la que se fija la cuantía del valor estimado de contratación a los efectos previstos en el artículo 324.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (BOE número 115, de 11 de mayo).

1. Órganos de contratación con competencia *originaria* en el ámbito de la Administración General del Estado:

– Los Ministros y Secretarios de Estado (464), los Presidentes o Directores de Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, y Directores Generales de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, para celebrar contratos de hasta 900.000 euros, calculada de conformidad con el artículo 101, salvo que el Ministro correspondiente eleve la cuantía (465). A la hora de valorar si se respeta o no dicho umbral, no resulta aplicable lo previsto en el artículo 101 de la LCSP en relación al valor estimado de los contratos. Ello quiere decir que, cuando se concede una competencia hasta un determinado importe, debe entenderse incluido en el mismo los impuestos que resultaran aplicables.

– Las Juntas de Contratación, con los límites cuantitativos o referentes a las características de los contratos que determine el titular del departamento, en relación a los siguientes contratos:

- Contratos de obras de reparación simple, y de conservación y mantenimiento.

En este particular el artículo 323.4 de la LCSP suprime la referencia a las obras de restauración y de rehabilitación al hacer una remisión al artículo 232.1.b) y c) y haber pasado las citadas obras, a diferencia de lo que se establecía en el artículo 122.1.b) y c), a incluirse en la letra a) junto con las obras de primer establecimiento, reforma, y gran reparación.

A juicio de los autores de esta obra, se trata de un olvido por parte del Legislador ya que no existe ninguna razón para que las obras de restauración y de rehabilitación salgan del ámbito competencial de las Juntas de Contratación. En relación a las mismas es preciso recordar que, con las características que distinguen a ambas (valor histórico del inmueble, mantenimiento de su estética en las dos, pero en las obras de rehabilitación con la adición de una nueva funcionalidad acorde con los valores y elementos originales del inmueble) (466), la estrategia que elija en su caso el órgano de contratación le permitirá simplificar, refundir e incluso suprimir alguno o algunos de los documentos que componen el proyecto de obras. Dicho de otro modo, si se pretenden renovar los aseos de un edificio que esté declarado de interés cultural, como por ejemplo el Palacio de Buenavista sede del Cuartel General del Ejército de Tierra, existe

(464) Cuando haya varios órganos de contratación en un Departamento Ministerial la competencia para celebrar un contrato de suministro y de servicios que afecte a más de un órgano de contratación corresponderá al Ministro, sin perjuicio de la competencia de la Junta de Contratación y de lo previsto respecto de la Contratación Centralizada en el Ámbito Estatal.

(465) Disposición transitoria segunda de la LCSP.

(466) Artículo 232. 6 y 7 de la LCSP.



una diferencia sensible entre que la obra se califique como obra de reforma o como obra de restauración o de rehabilitación. En el caso de la obra de reforma, solamente se podrá acudir a la exigencia de un proyecto simplificado si el presupuesto base de licitación, IVA excluido, no supera los 500.000 euros, mientras que con las otras calificaciones podrá optarse por dicha posibilidad independientemente del presupuesto de las mismas (467).

- Contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, salvo los relativos a bienes declarados de adquisición centralizada.
- Contratos de servicios no declarados de contratación centralizada.
- Contratos de suministro y de servicios, distintos de los dos apartados anteriores que afecten a más de un órgano de contratación, salvo que hayan sido declarados de contratación centralizada.

La composición de las Juntas de Contratación se fijará reglamentariamente, debiendo figurar entre sus vocales un funcionario que tenga atribuido, legal o reglamentariamente, el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor. En el supuesto de contratos en que el procedimiento de adjudicación utilizado sea el procedimiento abierto simplificado, la Junta de Contratación en todo caso se entenderá válidamente constituida cuando asistan el Presidente, el Secretario, el funcionario que tenga atribuido, legal o reglamentariamente, el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y el interventor, salvo que, de manera incomprensible para los autores de esta obra, se trate de un supuesto de procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6, en cuyo caso no hará falta constituir ni la Mesa ni la Junta, cuestión que resulta metafísicamente imposible ya que será ésta última la que ejercerá la potestad contractual originaria.

Podrá formar parte de las Juntas de Contratación personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente.

En ningún caso podrán formar parte de las Juntas de Contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos, los altos cargos, el personal de elección o designación política, el personal eventual, ni el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate.

Las Juntas de Contratación podrán solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Dicha asistencia deberá ser reflejada expresamente en el expediente, con referencia a las identidades

(467) Artículo 233.2 de la LCSP.

de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional.

2. Órganos de contratación con competencia *derivativa* en el ámbito de la Administración General del Estado:

Como ya se ha señalado con anterioridad, se trata de órganos a los que se les atribuyen facultades contractuales en virtud de las técnicas de desconcentración y delegación ejercidas por parte de aquellos órganos de contratación que poseen competencia originaria al amparo de la LCSP.

Respecto a la desconcentración, el artículo 325 de la LCSP reproduce el tenor literal del artículo 318 del TRLCSP y señala que las competencias en materia de contratación podrán ser desconcentradas por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, en cualesquiera órganos, sean o no dependientes del órgano de contratación.

En las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, las competencias en materia de contratación de sus Directores podrán desconcentrarse en la forma y con los requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Por lo que se refiere a la delegación de competencias, se regulará por lo establecido en el artículo 9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Por último, indicar que en las competencias de carácter *derivativo* es preciso tener en cuenta que para el cálculo de los umbrales competenciales, que en cada caso se fijan en la correspondiente disposición reglamentaria de desconcentración o delegación, no se aplicará lo previsto en el artículo 101 de la LCSP en relación al valor estimado de los contratos. Ello quiere decir que, cuando se concede una competencia hasta un determinado importe, debe entenderse incluido en el mismo los impuestos que resultaran aplicables.

C. Contratación centralizada

a) INTRODUCCIÓN

Con el fin de que la labor de las Juntas de Contratación no pueda colisionar con la contratación centralizada que pueda haberse declarado por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contrata-



ción (468), adscrita a la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Función Pública, es preciso tener presente lo siguiente:

El artículo 323.3 de la LCSP señala que corresponden al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Junta de Contratación Centralizada, las funciones de órgano de contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada regulado en los artículos 229 y 230.

Como ya se ha señalado en esta obra al analizar los Sistemas de Racionalización Técnica de la Contratación, la Contratación Centralizada, aunque no era una figura desconocida con anterioridad, fue seleccionada por el Legislador Comunitario para responder a la principal crítica que se atribuía a la Contratación Pública sobre su excesiva rigidez. Ello motivó que en la Directiva 2004/18/CEE se recogiera dentro de las nuevas técnicas de contratación cuyo objetivo era poner a disposición de los poderes adjudicadores herramientas de actuación más flexibles, racionalizando y ordenando la adjudicación de los contratos.

b) FUNCIONALIDAD

El artículo 227 de la LCSP recoge la redacción que se efectuaba en el artículo 203 del TRLCSP con la única salvedad de la denominación que se hace del sistema dinámico de adquisición en la cual dicha Ley se acompaña a la que se realiza en la normativa comunitaria de Contratación Pública.

De este modo, los principios generales de actuación que rigen en la contratación centralizada son los siguientes:

1. Las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a centrales de contratación que actuarán adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios.

2. Para ello, las centrales de contratación se sujetarán a las disposiciones de la LCSP y sus normas de desarrollo.

Como novedad, en el apartado 4 del mencionado artículo 227, dispone que en base a los acuerdos marco de contratación centralizada podrán celebrarse contratos basados entre las empresas y entes del sector público parte del acuerdo marco, pero también con otros entes del sector público, siempre que los mismos se hubieran identificado en el pliego regulador del acuerdo marco, y se hubiera hecho constar esta circunstancia en la convocatoria de licitación.

(468) Creada por el Real Decreto 696/2013, de 20 de septiembre que introduce, a través de su artículo único. 16, un nuevo artículo 22 en el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.



c) SISTEMA ESTATAL DE CONTRATACIÓN CENTRALIZADA

Sobre este particular, los artículos 229 y 230 de la LCSP, que sigue reconociendo la competencia a favor del Ministro de Hacienda y Función Pública, introduce las siguientes novedades sobre lo que establecía los artículos 206 y 207 del TRLCSP:

1. Establece un régimen dual de contratación centralizada, obligatorio u opcional, para determinadas entidades del Sector Público Estatal, a diferencia de lo que señalaba el apartado 1 del artículo 206:

– Obligatoriedad, salvo que los contratos hayan sido declarados de carácter secreto o reservado de acuerdo con lo dispuesto en la legislación reguladora de los secretos oficiales:

- Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.

- Entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

- Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

- Consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la LRJSP, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

- Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la LRJSP, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

En el caso de que estas entidades realizaran acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición (469) centralizada respecto de obras, suministros o servicios no declarados de adquisición centralizada que afecten a más de una de ellas, o que se contraten de forma general y con características esencialmente homogéneas, se requerirá el previo informe favorable de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública, que deberá obtenerse antes de iniciar el procedimiento dirigido a su adjudicación. A estos efectos, en el momento en el cual el interventor delegado realice la fiscalización limitada previa a la aprobación del expediente de contratación deberá controlar dicho extremo formulando, en el caso de que no se hubiera incorporado el mencionado informe, reparo suspensivo que produ-

(469) El artículo 229.7 de la LCSP se olvida, a juicio de los autores de esta obra, del sistema dinámico de adquisición.

cirá la paralización de la tramitación hasta que dicha ausencia sea subsanada (470).

Asimismo, si se trata de la adquisición de equipos y sistemas para el tratamiento de la información y sus elementos complementarios o auxiliares que no hayan sido declarados de adquisición centralizada, la competencia corresponderá, en todo caso, al órgano de contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada, oídos los Departamentos ministeriales u organismos interesados en la compra en cuanto sus necesidades, aunque, como es el caso del Ministerio de Defensa, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, el Ministro de Hacienda y Función Pública podrá atribuir la competencia para adquirir los bienes a que se refiere este artículo a otros órganos (Ministerio de Defensa, y a órganos de contratación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social) (471).

– Opcionalidad: El resto de entidades del sector público (fundaciones públicas, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, sociedades mercantiles que reúnan las condiciones del artículo 3.1.h) de la LCSP, fondos sin personalidad jurídica, entidades que reúnan las condiciones del concepto comunitario de organismo de derecho público (472), asociaciones, y las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de Contratación) podrán concluir un acuerdo de adhesión con la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública para contratar las obras, servicios y suministros declarados de contratación centralizada, a través del Sistema Estatal de Contratación Centralizada. El contenido y procedimiento de los acuerdos de adhesión se establecerá mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública.

2. El órgano de contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada (473) es la Junta de Contratación Centralizada, adscrita a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Función Pública, salvo que se tratara de la adquisición centralizada de medicamentos, productos y servicios sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud en cuyo caso las competen-

(470) Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado de 2 de junio de 2008, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos.

(471) Disposición adicional vigésima de la LCSP.

(472) Artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE.

(473) Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.



cias que el artículo 229 atribuye a la citada corresponderán al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (474), que podrá encomendar al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria la materialización y conclusión de dichos procedimientos.

No obstante, a la hora de adjudicar los contratos basados o específicos a consecuencia de la celebración de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición, respectivamente, si se trata de una Administración, organismo o entidad adherida, el órgano de contratación será el previsto en las normas generales aplicables a las mismas. A tal fin, la Junta de Contratación Centralizada establecerá para cada acuerdo marco y sistema dinámico de adquisición las medidas que considere adecuadas para garantizar que los expedientes de contratación tramitados por las entidades adheridas, su aplicación de las reglas de licitación y selección de los contratistas, las adjudicaciones que acuerden y la ejecución de los contratos basados, cumplen los términos y condiciones establecidos en los pliegos que rigen dichos acuerdos y sistemas, para lo que podrá acordar la utilización de herramientas informáticas específicas, la emisión de informes preceptivos y vinculantes o cualquier otro medio adecuado a este fin.

3. Introduce las siguientes normas de reparto competencial para el caso de que la adjudicación de los contratos basados o específicos hubiera de efectuarse una nueva licitación, porque en ellos no se hubieran incluido todos los términos para efectuarla, y se tratara de un solo o varios destinatarios de las obras, suministros o servicios centralizados:

– Un solo destinatario: Las actuaciones se realizarán, con carácter general por el organismo destinatario de la prestación.

– Varios destinatarios: Las actuaciones se realizarán por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, si nada se hubiera establecido en los pliegos, y en caso contrario, por el organismo destinatario designado.

4. Aclara que, como ya era bien conocido aunque el TRLCSP no se refería expresamente a ello, la recepción y pago de los bienes y servicios será efectuada por los organismos peticionarios de los mismos en los contratos basados en un acuerdo marco y en los contratos específicos adjudicados en el marco de un sistema dinámico de adquisición (475).

(474) Disposición adicional vigésima séptima de la LCSP. En este caso, su apartado 4 dispone que no serán de aplicación las medidas establecidas en los artículos 9 y 10, párrafo tercero, del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, a los contratos derivados de adquisición de medicamentos promovidos al amparo de lo previsto en esta disposición adicional siempre que los ahorros que resulten de la compra centralizada sean superiores a las deducciones fijadas en dichos artículos del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo.

(475) Véase Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 17 de abril 1984, sobre tramitación de los suministros de bienes de adquisición centralizada.



d) SISTEMA AUTONÓMICO Y LOCAL DE CONTRATACIÓN CENTRALIZADA

El artículo 228 de la LCSP, lo mismo que ya establecía el artículo 204 del TRLCSP, reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales puedan crear sus propias centrales de contratación. El mencionado artículo 228 introduce la novedad de extender dicha facultad a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Sin embargo, introduce como novedad que, mediante la suscripción de los correspondientes acuerdos, las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Corporaciones Locales y los organismos y entidades dependientes de ellas, puedan adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras entidades del sector público incluidas en el ámbito de aplicación de la LCSP. En el caso de que la adhesión se realizara al Sistema Estatal de Contratación Centralizada, habrían de seguirse los trámites ya analizados en el apartado anterior de esta obra.

En relación a la contratación centralizada de medicamentos, productos y servicios sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán actuar de la siguiente manera:

– Adhiriéndose al sistema de adquisición centralizada estatal de medicamentos, productos y servicios sanitarios, para la totalidad o solo para determinadas categorías de ellos. La adhesión requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

– Concluyendo de forma conjunta acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

4. MESAS DE CONTRATACIÓN

A. Concepto y naturaleza jurídica

Con carácter general, se puede definir la mesa de contratación como el órgano colegiado, nombrado siempre con carácter específico o permanente por parte del órgano de contratación para que le auxilie en los diferentes procedimientos de adjudicación regulados en la LCSP.



Resulta aconsejable, a juicio del autor de esta obra, que, en la medida que ello sea posible, los miembros de la mesa sean elegidos por el mencionado órgano de contratación entre las unidades que dentro del mismo se han dedicado a configurar la voluntad de contratar a través de la progresiva conformación del expediente de contratación, toda vez que para la correcta interpretación de los pliegos resultaría necesario que el personal que la componga tenga un amplio conocimiento de los mismos. Dicha estrategia permitiría, no solamente poder impulsar con mayor conocimiento de causa un determinado contrato, sino incorporar a los futuros pliegos de nuevos contratos debilidades observadas en procesos de contratación anteriores.

B. Régimen jurídico

Como órgano colegiado que es, conviene recordar que le resultarán aplicables los principios y reglas contenidos en los artículos 15 y siguientes de la LRJSP y, asimismo, lo previsto en las normas reglamentarias que regulen determinados extremos de su composición y funcionamiento, especialmente el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, Real Decreto 817/2009), y que, a juicio de los autores de esta obra, continua vigente en todo lo que no se oponga a lo previsto en la LCSP.

Respecto a la formación de la voluntad de las mesas de contratación, resultarán predicables las reglas acuñadas por la doctrina legal del Tribunal Supremo (476) en relación a la convocatoria de los miembros componentes de tales órganos, en cuanto que afectan a la asistencia de los mismos y al preciso conocimiento de los asuntos a tratar en la correspondiente sesión; a la elaboración y ulterior comunicación del orden del día, en tanto que comprenden las materias objeto de deliberación y, en su caso, posterior aprobación; a la determinación de quórum de asistencia y votación, en la medida que determinan la pormenorizada participación en la sesión de que se trate; al sentido preciso de la deliberación de los distintos asistentes, en orden a identificar la específica votación de cada uno de ellos; y a la concreta composición del respectivo órgano colegiado.

(476) STS de 9 de diciembre de 2011 con cita de las SSTS de 15 de marzo de 1991 y 19 de febrero de 2008.

C. Mesas de contratación

a) MESA DE CONTRATACIÓN GENERAL

1. *Características generales*

El artículo 326 de la LCSP regula las mesas de contratación manteniendo la redacción que se efectuaba en el artículo 320 del TRLCSP sobre la composición de la mesa (Presidente, vocales que se determinen reglamentariamente (477), y Secretario), su nombramiento por el órgano de contratación, y sobre la designación del Secretario y la necesidad de que se nombren dos vocales (el que tenga atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y el interventor), pero introduce las siguientes novedades:

– Señala que los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una mesa de contratación en los procedimientos abiertos, abierto simplificado, restringidos, de diálogo competitivo, de licitación con negociación, de asociación para la innovación, y negociados en los que no sea necesario publicar anuncios de licitación cuando se fundamente en la existencia de una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, que demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia del expediente de contratación (478).

– Asimismo dispone que será potestativa su constitución cuando la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, y en el procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6 de la LCSP.

(477) A tenor del artículo 21 del Real Decreto 817/2009 estará formada, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación, aunque podrán incorporarse, para la realización de funciones de asesoramiento sin formar parte de la misma, los funcionarios o asesores especializados que resulten necesarios.

Dentro de los vocales que no sean el asesor jurídico y el interventor resultaría conveniente que se nombrara a un técnico, destinado dentro del órgano de contratación siempre que ello fuese posible, con la finalidad de que fuera el encargado de valorar las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación recogidos en los pliegos de cláusulas administrativas. En relación con la designación de un vocal de perfil técnico y de las funciones de dicho carácter que previsiblemente le serían encomendadas, es preciso poner de manifiesto la necesidad de que, tanto la mesa como el órgano de contratación, adopten una postura crítica y huyan de los automatismos que aceptan de forma mecánica las proposiciones recogidas en los informes técnicos (en relación a este riesgo, véase la STS de 26 de marzo de 2013 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, sentencia número 303/2013).

(478) Artículo 119 de la LCSP.



2. *Funciones*

Modifica parcialmente, a juicio de los autores de esta obra, lo previsto en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, en relación a las funciones de las mesas de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, teniendo atribuidas las siguientes:

– Realizará la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación (479).

Sobre esta particular sorprende, a juicio de los autores de esta obra, que se mantenga esta redacción cuando los artículos 140 y 141 de la LCSP hacen descansar los requisitos previos en el Documento Europeo Único de Contratación (480), salvo en el procedimiento abierto simplificado (481) que lo refiere al certificado expedido por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o, cuando proceda, por el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma (482), en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia, hasta que, a tenor del artículo 150.2 de la LCSP y una vez aceptada la propuesta de adjudicación de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requieran al licitador que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de 10 días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa correspondiente.

No obstante, es preciso resaltar que, una vez adoptada la correspondiente resolución de exclusión, tanto la mesa como el propio órgano de contratación carecerían de potestad para volver sobre sus actos y rectificar lo acordado pues, caso de tener que atacar la validez de dicho acto administrativo, vendrían obligados a seguir el procedimiento de revisión de oficio regulado en la LPACAP (483).

(479) Artículo 326.2.a) de la LCSP deroga el artículo 22.1.b) del Real Decreto 817/2009. En este aspecto, han de quedar claras estas dos premisas: Primera, que solamente pueden ser subsanados los requisitos de capacidad y aptitud para contratar con el Sector Público, y, segunda, que solamente se pueden entender subsanados los que ya estuvieran sustanciados con anterioridad al momento de vencimiento del plazo para presentar proposiciones o solicitudes de participación.

(480) Establecido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016.

(481) Artículo 159.4.a) de la LCSP.

(482) Artículo 96.2 de la LCSP.

(483) Véase Resolución del TACRC número 60/2012, de 22 de febrero, en la que se plantea la «situación errática» de un licitador que, en un primer acuerdo, se le solicitó la subsanación y, a continuación, se le excluyó al entender que no había subsanado el defecto observado dentro del plazo concedido para ello, para después y en base a un escrito de «observaciones» presentado ser admitido a la licitación, y, finalmente, con fundamento en un escrito de «aclaraciones» presentado por otro licitador ser de nuevo excluido definitivamente en la resolución de adjudicación.

– Abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público (484). En relación a dicho acto, cabe formular las siguientes reflexiones:

- Es preciso recordar que la ponderación asignada a cada uno de los licitadores en concepto de criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación relativa a los criterios cuantificables de forma automática (485), por ejemplo a través de la puesta a disposición de los asistentes, pero sin que el hecho de que no se dé lectura al resultado de la valoración suponga ninguna infracción, ni siquiera una mera irregularidad, ya que la mera constancia documental que acredite que tal valoración ha tenido lugar con carácter previo al acto de apertura de ofertas económicas resulta suficiente para entender que se ha cumplido con lo previsto en la LCSP (486).

No resulta adecuado, por tanto, la aplicación de fórmulas alternativas como, por ejemplo, proceder a la apertura de ambos tipos de criterios al unísono dando a conocer su contenido conjuntamente aunque se valoren por separado (487), pues existe la posibilidad, bastante razonable por otro lado, de que, si se conoce la oferta económica en el momento de efectuarse la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor, podría asignarse una puntuación a éstos en función de aquélla con el fin evidente de preparar la selección a favor de un licitador que pudiera estar preestablecido o que hubiese realizado la oferta económica más competitiva (488).

- Normalmente se ha relacionado la apertura de la oferta económica con la obligatoriedad de que en dicho acto público se diera publicidad a cada una de las presentadas por los licitadores (489). Sin embargo, a pesar de que no sea así, no supone ninguna infracción, ni siquiera una mera irregularidad, ya que la mera celebración del acto público supone dar

(484) Mantiene, a juicio de los autores de esta obra, el artículo 22.1.c) del Real Decreto 817/2009.

(485) Artículo 30.3 (básico) del Real Decreto 817/2009. Véase Resolución del TACRC número 426/2016, de 3 de junio sobre la aplicabilidad al procedimiento negociado de la norma por la que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables, se realice tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia.

(486) Véanse las Resoluciones del TACRC números 196/2011, de 27 de julio, y 426/2016, de 3 de junio.

(487) Véase la Resolución del TACRC número 132/2011, de 4 de mayo.

(488) STSJ de la Comunidad de Madrid de 17 de diciembre de 2013.

(489) Suele ser bastante frecuente que los órganos de contratación contemplen en los pliegos la posibilidad de que, cuando las ofertas constan de un número elevado de ítems, no se proceda a leer cada uno de los valores unitarios ofertados por los licitadores, sino que dicho trámite sea sustituido por otro en el que en el acto público el Presidente de la Mesa somete a consideración de todos los asistentes leer únicamente el importe de la oferta global y publicar en el perfil de contratante las ofertas económicas detalladas, de modo que, si ninguno se opone, se procede a actuar de dicha manera. Esta es una fórmula que, a juicio de los autores de esta obra, resulta razonable y acorde con la normativa aplicable. Véanse la Resolución del TACRC números 1046/2015, de 13 de noviembre, sobre el contenido del acto público de apertura de ofertas en el que no es necesario realizar la lectura completa de las ofertas, siempre que se garantice el acceso a la documentación una vez celebrado el acto, y 94/2011, de 30 de marzo.

cumplimiento, tanto al tenor literal del citado precepto como a la finalidad que se persigue por el mismo que no es otra que los licitadores puedan verificar la integridad de las proposiciones y que, en definitiva, se preserve el secreto de la oferta hasta el momento de la licitación pública (490).

– Realizará la valoración de las proposiciones de los licitadores.

A tal efecto, podrá clasificarlas en orden decreciente de valoración, a cuyo efecto podrá solicitar los informes técnicos que considere precisos (491).

Cuando el procedimiento de valoración se articule en varias fases, determinará los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo (492).

– Efectuará la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la LCSP (493), y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo (494), de conformidad con lo previsto en el apartado 6 del mismo artículo.

– Formulará la propuesta al órgano de contratación de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP, según proceda de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija la licitación (495).

En aquellos casos en que, de conformidad con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas propondrá que se declare desierta la licitación (496).

De igual modo, si durante su intervención apreciase que se ha cometido alguna infracción de las normas de preparación o reguladoras del procedimiento de adjudicación del contrato, podrá exponerlo justificadamente al órgano de contratación, proponiéndole que se declare el desistimiento (497).

– Realizará la selección de los candidatos cuando así se delegue por el órgano de contratación, en el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación y en el de asociación para

(490) Véase Resolución TACRC número 59/2012, de 22 de febrero.

(491) Artículo 22.1.e) del Real Decreto 817/2009 en relación con el artículo 150.4 de la LCSP.

(492) Mantiene, a juicio de los autores de esta obra, el artículo 22.1.d) del Real Decreto 817/2009. En relación con este sistema aplicable a un acuerdo marco véase Resolución del TACRC número 74/2011, de 9 de marzo.

(493) Artículo 326.2.c) de la LCSP.

(494) Artículo 22.1.f) del Real Decreto 817/2009.

(495) Artículo 326.2.d) de la LCSP en relación con el primer inciso del artículo 22.1.g) del Real Decreto 817/2009.

(496) Artículo 22.1.g) del Real Decreto 817/2009 en relación con el artículo 150.3 de la LCSP.

(497) Artículo 22.1.g) del Real Decreto 817/2009 en relación con el artículo 152 de la LCSP.



la innovación, cuando así se haya hecho constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares (498).

En este caso, la selección de los solicitantes corresponderá al órgano de contratación, quien podrá, sin embargo, delegar en la mesa esta función haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Una vez hecha la selección de candidatos y presentadas las proposiciones, corresponderán a la mesa de contratación todas las funciones ya señaladas excepto las relativas a la calificación de la documentación acreditativa por las razones ya expuestas.

– En los procedimientos de licitación con negociación cuando se constituyera la mesa, bien con carácter obligatorio (en general y en el supuesto de negociados sin publicidad por razones de imperiosa urgencia) o facultativo (resto de casos de procedimientos negociados sin necesidad de anuncio de licitación), calificará la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y, una vez concluida la fase de negociación, valorará las ofertas de los licitadores, a cuyo efecto podrá pedir los informes técnicos que considere precisos, y realizará la propuesta de adjudicación (499).

3. *Composición*

En cuanto a la composición de la mesa de contratación señala lo siguiente:

– Se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente.

En relación a dicho extremo en el artículo 21 del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra continua vigente en cuanto no se pone al contenido de la LCSP, dispone que, cuando se trate de una mesa de contratación de carácter específico, su composición se publicará en el perfil de contratante con una antelación mínima de siete días con respecto a la reunión que deba celebrar para la calificación de la documentación administrativa previa, mientras que, si se trata de una mesa de contratación permanente o se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, deberá publicarse además en el Boletín Oficial del Estado, en el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según se trate de la Administración General del Estado, de la Autonómica o de la Local.

Lo señalado con anterioridad quiere decir que, si el órgano de contratación hubiese cometido algún defecto en el momento de nombrar su

(498) Artículo 326.2.e) de la LCSP.

(499) Artículo 22.3 del Real Decreto 817/2009.



mesa de contratación (500), podrá subsanarlo rectificando la designación correspondiente y procediendo a publicar la nueva composición de la mesa, bien solamente en el perfil de contratante, si se trata de una mesa específica, bien, además, en el boletín que corresponda, según lo que se acaba de analizar en el párrafo anterior, si la mesa tuviera carácter permanente o se hubiera constituido para una pluralidad de contratos, pero siempre que la mencionada subsanación se haga con una antelación mínima de siete días con respecto a la reunión que deba celebrarse.

– Por resolución del titular de la Intervención General correspondiente (501) podrá acordarse los supuestos en que, en sustitución del Interventor, podrán formar parte de las mesas de contratación funcionarios del citado Centro específicamente habilitados para ello.

– En ningún caso podrán formar parte de las mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. En relación a dicha incompatibilidad, a juicio de los autores de esta obra, produce sorpresa que, sobre todo a la vista del artículo 64 de la LCSP dedicado a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, sin embargo, en la disposición adicional segunda.7 de la LCSP, se permita que formen parte de la mesa de contratación de las entidades locales los miembros electos de las mismas.

En ningún caso podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente.

La composición de la Mesa se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente. Se podrán constituir Mesas de Contratación permanentes.

Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente.

Tampoco podrá formar parte de las mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la disposición adicional segunda en relación a las Entidades locales. Sobre esta

(500) Véase Resolución del TACRC número 37/2013, de 23 de enero, en la que se analiza la no inclusión de ningún técnico de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente con la titulación de veterinario a pesar de que la cláusula 8.1.b) del pliegos de cláusulas administrativas exigía su presencia.

(501) Artículo 143 de la LGP (Intervención General de la Administración del Estado, Intervención General de la Defensa, e Intervención General de la Seguridad Social).



modificación, contenida en el artículo 326.5 párrafo tercero, inciso final de la LCSP, cabe señalar lo siguiente (502):

- Sobre el alcance de la expresión «*que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato*» como impedimento para formar parte de la Mesa de contratación:

Se trata de una incorporación a la LCSP por vía parlamentaria ya que no se encontraba incluida en el proyecto de LCSP como tampoco lo estaba la relativa a cargos públicos representativos y personal eventual.

Esta adición se refiere a que no podrán formar parte de las mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la disposición adicional segunda de la LCSP, relativa a la contratación de las Entidades Locales. La voluntad inequívoca del legislador es restringir la participación en la mesa de contratación del personal que haya participado en la redacción de cualquier documentación técnica del contrato, con lo que se transmite la idea de que hay una parte de la documentación preparatoria, la que afecta a aspectos técnicos del contrato, representada normal pero no únicamente en el pliego de prescripciones técnicas, cuya elaboración impide a quienes han participado en ella la posibilidad de formar parte de en un órgano como la mesa de contratación, órgano que ostenta importantes funciones en el seno del procedimiento de selección del contratista. La finalidad de la norma claramente es favorecer la transparencia de la contratación pública y evitar los conflictos de intereses en la actuación de los miembros de la mesa.

Sentado lo anterior, es preciso señalar cuál será el alcance de la expresión que emplea la ley, referida a la expresión «*que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato*» y cuál será la manera de acreditar su no participación en dicha labor: – Respecto a la primera cuestión, aunque desde el punto de vista subjetivo, el precepto alude al personal en sentido amplio, pero desde el punto de vista objetivo acota su aplicación a los componentes del personal de la Administración contratante que hayan participado en la redacción del documento técnico. Por tanto, es el acto de redactar efectivamente o de participar en el proceso de redacción del pliego el que genera la prohibición de formar parte de la mesa. Si la finalidad de la norma es evitar el conflicto de intereses potencialmente concurrente en el redactor de las condiciones técnicas, la prohibición no puede alcanzar a quien no haya participado en la redacción de la regla técnica del contrato, ni tampoco a quien simplemente la haya visto o incluso visado, que no aprobado, puesto que la aproba-

(502) Informe JCCPE número 3/2018, de 2 de marzo (Tesorería General de la Seguridad Social).

ción de los pliegos es una competencia del órgano de contratación según establece el artículo 124 de la Ley.

Bajo esta perspectiva, sin embargo, lo que no cabe es establecer apriorísticamente soluciones a todos los casos concretos de cada órgano de contratación, puesto que la medida de la intervención de cada empleado público en la redacción del pliego técnico puede variar según el caso de que se trate. De este modo, un mero conocimiento de las condiciones del pliego no generaría la prohibición de formar parte de la mesa y, sin embargo, una participación efectiva en la confección del mismo, dando instrucciones o haciendo observaciones de obligado cumplimiento, sí vedaría la participación en el órgano de asistencia. Consecuentemente no cabe decir en términos generales si el personal de la unidad proponente del contrato puede o no participar en la mesa de contratación, pues tal circunstancia dependerá de en qué medida haya intervenido realmente en la redacción del pliego técnico.

En relación a cómo acreditar la no participación en la redacción de la documentación técnica del contrato, como la LCSP no establece ningún mecanismo obligatorio a estos efectos, la JCCPE, con el fin de facilitar y reforzar la finalidad de la norma, considera conveniente recomendar que se deje constancia en el expediente de contratación de quiénes han sido los miembros de su personal que han participado efectivamente en la redacción de los pliegos técnicos, lo que permitirá garantizar el respeto a la norma y fortalecer la transparencia y la seguridad jurídica en la contratación pública.

- Sobre el alcance que debe darse a no «*podrán formar parte de las Mesas*» referido al personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica, se plantea la posibilidad de que éste pudiera asistir a las mismas en calidad asesor técnico.

En relación a dicha cuestión, aunque cabría admitir dicha posibilidad, sin embargo una interpretación sistemática de la LCSP lleva a concluir que la intervención en la mesa de quienes hayan participado en la redacción de los pliegos en concepto de técnico o experto independiente no se justificaría por las siguientes razones:

- Porque difícilmente se respetaría la finalidad del precepto si se permitiese el acceso continuado a la mesa de contratación, aunque sea bajo la condición de asesor externo o de experto, al redactor del pliego técnico y mucho menos si tal cosa se convierte en la práctica habitual de la mesa.

- Porque el inciso final del apartado 5 del artículo 326 recoge expresamente la posibilidad de que la mesa esté asistida por asesores (expertos o técnicos) pero predicando de ellos la condición de independientes.



- Porque del precepto transcrito también se deduce la circunstancia de que en estos casos, aparte de la propia independencia del técnico, que ya de por sí representa una garantía en la licitación y descarta al redactor del pliego técnico, se exige una autorización expresa del órgano de contratación, amén de un reflejo expreso en el expediente.

- Sobre la posibilidad o no de emisión de informes de valoración referido al personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica: En este extremo, aunque la JCCPE señala que la LCSP solamente prohíbe esta situación para los cargos públicos representativos y el personal eventual, mientras que nada dice respecto al personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica, concluyendo en consecuencia que los informes de valoración podrán ser emitidos por las personas que hayan participado en la redacción del pliego técnico, con pleno respeto al deber de independencia y objetividad que como empleados públicos les atañe, sin embargo, a juicio de los autores de esta obra, esta solución produce la inquietud de que difícilmente este personal podrá mantener estas condiciones suspensivas. Por dicho motivo, si no resulta adecuado para servir de asesor al órgano de contratación, con mucha mayor razón tampoco lo será para elaborar informes de valoración, cuestión que, no hay que olvidar, es mucho más delicada y determinante a la hora de elegir al licitador que ha presentado la mejor oferta.

– Las mesas de contratación podrán, asimismo, solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Dicha asistencia será autorizada por el órgano de contratación y deberá ser reflejada expresamente en el expediente, con referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional.

Por lo que hace a la interpretación en términos generales de la independencia que se ha de predicar de los asesores o expertos que presten asistencia a la mesa de contratación cabe entender que, tal y como está redactado el precepto, el término independiente alude a una condición de ajenidad con respecto al órgano de contratación y que, por tanto, no cabría calificar de independiente a quien formase parte de su estructura organizativa o se encontrarse bajo su dependencia orgánica o funcional (503).

En ningún caso deben producirse situaciones en las que el vocal técnico u otro vocal o vocales designados, ante la falta de conocimientos sobre un determinado criterio técnico, encargaran por su cuenta a otros funcionarios, que sí los poseen y que dependen de ellos, la realización de un in-

(503) Informe JCCPE número 3/2018, de 2 de marzo (Tesorería General de la Seguridad Social).



forme que es asumido por ellos y anexado como motivación de la aplicación de dicho criterio.

– La mesa de contratación que interviniera en el procedimiento abierto simplificado se considerará válidamente constituida si lo está por el Presidente, el Secretario, un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones relativas a su control económico-presupuestario.

– Las Leyes de las Comunidades Autónomas y la legislación de desarrollo podrán establecer que las mesas de contratación puedan ejercer también aquellas competencias relativas a la adjudicación que la LCSP atribuye a los órganos de contratación.

– Por último en cuanto al funcionamiento de la mesa, a juicio de los autores de esta obra, continúa vigente lo previsto en el Real Decreto 817/2009 en cuanto no se pone a lo previsto en la LCSP. De acuerdo con ello:

- Para su válida constitución deberán estar presentes la mayoría absoluta de sus miembros, y, en todo caso, el Presidente, el Secretario y los dos vocales que tengan atribuidas las citadas funciones de asesoramiento jurídico y de control interno (504).

- Tendrán voz y voto el Presidente y los vocales, mientras que el Secretario solamente tendrá voz. En relación a la figura de éste último, cabe señalar que, como ya se ha señalado, bien por la vigencia del Real Decreto 817/2009, bien por la aplicación supletoria del artículo 19 de la LRJ-SP, cabe entender que se mantiene el sistema actual de que el Secretario de la mesa de contratación disfruta de voz pero no de voto (505).

El Secretario deberá ser un funcionario que preste sus servicios en el órgano de contratación, salvo cuando ello no sea posible en cuyo caso se hará la designación entre los de otro tipo de personal que dependan del órgano de contratación (506).

(504) Véase STS de 9 diciembre 2011, en la que se analizaba la posible nulidad de pleno derecho basada en que la mesa de contratación se constituyó sin la presencia del secretario que fue sustituido por un vocal que hizo sus veces.

(505) Informe JCCPE número 3/2018, de 2 de marzo (Tesorería General de la Seguridad Social).

(506) Normalmente entre el personal laboral que preste servicios en el órgano de contratación. Véase Informe JCCA número 1/2007, de 26 de marzo, señala que la composición de la mesa de contratación ha de estar formada por miembros que han de pertenecer a la Administración contratante (funcionarios o personal laboral) y el secretario podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente. No podrán formar parte de la misma el personal eventual al que se refiere el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), aunque sí podrán asesorarla mediante la emisión de los informes técnicos que se consideren oportunos (Informes JCCA números 13/2001, de 13 de julio y 49/2008, de 29 de enero de 2009).

4. Actas

Los acuerdos que se adopten requerirán mayoría de votos de los miembros de la mesa de contratación (507) y serán recogidos en el correspondiente acta que será levantada por el Secretario. En ella se especificarán necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Resulta importante que tanto el Presidente como los vocales de la mesa tengan presente que su abstención o el voto contrario a los acuerdos adoptados les dejará a salvo de cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de los mismos (508). En caso de discrepancia con el voto mayoritario, los miembros de la mesa tendrán derecho a formular voto particular por escrito en el plazo de 48 horas, que se incorporará al texto aprobado.

Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión, pudiendo no obstante emitir el Secretario certificación sobre los acuerdos específicos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta, pero haciendo constar expresamente en la misma tal circunstancia. Quienes acrediten la titularidad de un interés legítimo podrán dirigirse al Secretario para que les sea expedida certificación de sus acuerdos.

Como ya se ha señalado, del acto o actos de apertura de proposiciones habrá de levantarse el correspondiente acta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87.3 del RGTRLCAP que continúa vigente, a juicio de los autores de esta obra, en cuanto no se opone a lo previsto en la LCSP (509). Dicho precepto determina que *«Concluido el acto, se levantará acta que refleje fielmente lo sucedido y que será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas»*, con lo que puede afirmarse que la finalidad del acta será el de reflejar *«fielmente lo sucedido»* en el acto de licitación. Por tanto, deberá hacerse constar todo lo que hubiera acaecido en el mismo, siendo la mesa de contratación la que, como órgano competente para dirigir la licitación, deberá decidirlo y hacerlo constar así. Por ello, la cuestión estribará en determinar a quiénes se refiere el citado precepto. En este sentido, aunque la mesa de contratación, como ya se ha analizado, es un órgano administrativo colegiado y como tal en sus actas solamente pueden aparecer las manifestaciones u observaciones hechas por sus propios miembros, sin embargo interviene de modo que sus actos afectan a los licitadores por lo que, debido a esa exigencia de

(507) Artículo 17 de la LRJSP.

(508) Artículo 17.6 de la LRJSP en relación a lo previsto en la Disposición adicional vigésima octava de la LCSP, por lo que se refiere a potestad disciplinaria, y en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(509) Véase Informe JCCA número 54/2010, de 15 de diciembre de 2011.



que en el acta ha de recogerse el «*reflejo fiel*» de lo sucedido, en ella podrán hacerse constar las observaciones de los licitadores, siempre eso sí, según el criterio de los miembros de la misma mesa de contratación.

b) MESA ESPECIAL DEL DIÁLOGO COMPETITIVO O DEL PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

El artículo 327 de la LCSP reproduce el tenor literal del artículo 321 del TRLCSP, con la única adición del nuevo procedimiento de asociación para la innovación, señalando que para asistir al órgano de contratación en este procedimiento y en el de diálogo competitivo (510) que se sigan por las Administraciones Públicas, se constituirá una mesa, compuesta por un Presidente, los vocales que se determinen reglamentariamente, y un Secretario, a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo o la asociación para la innovación, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

c) MESA DE CONTRATACIÓN DEL SISTEMA ESTATAL DE CONTRATACIÓN CENTRALIZADA

El artículo 323.3 de la LCSP señala que corresponden al Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Junta de Contratación Centralizada, las funciones de órgano de contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada regulado en los artículos 229 y 230. Para asistir a dicha función, existe la mesa de contratación interdepartamental propia de dicho sistema (511).

d) JURADO EN CONCURSOS DE PROYECTOS

Se incluye impropiaamente esta figura dentro de las mesas de contratación porque, aunque para su asistencia no se constituirá una mesa, sin embargo sus funciones sí presentan bastantes similitudes con las propias de ésta.

(510) Respecto a la misma y a juicio de los autores de esta obra, continúa vigente el artículo 24 del Real Decreto 817/2009.

(511) Sustituyó a la Junta de Compras Interministerial, y tiene como función asistir a la Junta de Contratación Centralizada, integrada en la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación. Véase, teniendo en cuenta dicha reforma, el artículo 24 del Real Decreto 817/2009.



El artículo 187 de la LCSP dispone, como novedad respecto de los artículos 188 y 323 del TRLCSP, las siguientes:

- Una vez finalizado el plazo de presentación de las propuestas de proyectos, se constituirá un jurado cuyos miembros serán designados de conformidad con lo establecido en las bases del concurso.
- En los concursos de proyectos no habrá intervención de la mesa de contratación.
- Todas aquellas funciones administrativas o de otra índole no atribuidas específicamente al Jurado serán realizadas por los servicios dependientes del órgano de contratación.

En relación a dicho jurado, se plantea la duda sobre la naturaleza jurídica del fallo que emita ya que se discute si sería equivalente al propio acuerdo de adjudicación o a un requerimiento previo dirigido al órgano de contratación con la finalidad de que éste lo dictara. En relación a dicho asunto, la respuesta no puede ser unívoca sino que, en todo caso, dependerá del examen a realizar caso a caso sobre las bases del concurso y sobre cómo se encuentra estructurada su tramitación procedimental (512).

E. Alguna problemática a la que se enfrenta una mesa de contratación

a) FIN DEL PLAZO DE PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES O SOLICITUDES DE PARTICIPACIÓN

La mesa de contratación puede encontrarse con el problema no menor de tener que dirimir si una determinada proposición o solicitud de participación ha sido presentada o no fuera de plazo. Si decidiera que se ha presentado fuera de plazo debería excluir al licitador correspondiente por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

(512) Véase la Resolución del TACRC número 267/2012, de 30 de noviembre, en la que se señala lo siguiente:

1. Cuando en las bases se había previsto que el ganador obtendría el abono del premio y el encargo del proyecto de dirección y ejecución de obras, la Jurisprudencia ha fallado a favor del ganador reconocido por el jurado al que, sin embargo, no se le adjudicó el contrato (SSTS de 16 de marzo de 2005 y de 8 de julio de 2009, ambas de la sección 4.^ª).

2. En otros casos, como por ejemplo cuando una vez elevado al órgano de contratación el fallo del jurado daría lugar al inicio del procedimiento de negociación con el clasificado en primer lugar, el fallo del jurado no se constituye en la adjudicación del contrato, que tendrá lugar en un momento ulterior. En este supuesto, a tenor del artículo 186 de la LCSP, el ganador tendría derecho, lo indiquen o no las bases, a la publicación del resultado del concurso de proyectos pero no a la ulterior publicación de la adjudicación tras la tramitación y conclusión de la negociación.



En relación con dicha cuestión, después de varios criterios erráticos a juicio de los autores de esta obra (513), debe mantenerse la conveniencia de que habría que incluir en los pliegos una cláusula, a tenor de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP en relación al artículo 80.2, 3 y 4 del RGTRLCAP, en la que se indicase que en el último día del plazo la presentación de las proposiciones o solicitudes de participación podrá efectuarse a lo largo de toda su duración siempre y cuando queda acreditada la misma en función de los diferentes medios que prevé la normativa aplicable (presencial, en la sede del órgano de contratación en el horario fijado al efecto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los diferentes registros públicos administrativos a lo largo del último día; vía postal, con fecha de imposición de ese día y anuncio de su remisión en ese mismo día; vía electrónica, informática y telemática).

En todo caso, la presentación de proposiciones o solicitudes de participación por los diferentes medios señalados deberá realizarse de modo que se garantice la protección de la integridad de los datos y la confidencialidad de las mismas (514), así como que su contenido no será conocido hasta el momento fijado para su apertura.

b) ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

Puede surgir cierta tendencia de la mesa de contratación a interpretar que las posibles condiciones especiales de ejecución del contrato recogidas

(513) En un primer momento, se decantaba por una postura, a juicio del autor de esta obra, más que razonable pues entendía que, al amparo del Reglamento Comunitario número 1182/1971, de 3 junio, sobre normas aplicables a los plazos, fechas y términos, que señala que «*el plazo expresado en días comenzará a correr al comienzo de la primera hora del primer día y concluirá al finalizar la última hora del último día del plazo*», en el envío de las mencionadas proposiciones o solicitudes de participación por correo y se fije una hora límite para su presentación, la imposibilidad de acreditar su cumplimiento, obliga a admitir las presentadas durante las 24 horas del día señalado (Informe JCCA número 25/1989, de 18 de diciembre).

Con posterioridad y en la misma línea matizó que «*La presentación de proposiciones económicas cuando se utiliza el sistema de envío por correo, puede realizarse a cualquier hora del último día del plazo, a diferencia del sistema de presentación en oficinas y dependencias de la Administración fijadas en el anuncio, que solo podrá tener lugar en el horario en que esté abierto el registro*» (Informe JCCA número 38/1999, de 12 de noviembre).

En el año 2007, a juicio del autor de esta obra, la Junta se replanteó la cuestión sobre una base ficticia pues la solución alumbrada no había planteado ningún problema, entre otras cosas, porque apostaba por dar la máxima concurrencia y transparencia al proceso de contratación. A partir de dicho momento, la doctrina varía al entender que se debería inadmitir una oferta que hubiese sido presentada el último día pero fuera del marco horario planteado en los pliegos (Informe JCCA número 61/2007, de 24 de enero de 2008).

Hasta tal punto fue el desconcierto producido por el cambio de criterio que, se insiste no había dado ninguna problemática pues apostaba por el máximo respeto a la admisión del máximo de licitadores, que la propia JCCA tuvo que emitir un nuevo informe (Informe 23/2009, de 25 de septiembre) a la vista de la aparente contradicción existente entre ambas doctrinas (Informes JCCA números 38/1999 y el 61/2007, ya citados).

(514) Véase Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.

das en los pliegos de cláusulas administrativas particulares pudieran funcionar como los requisitos de capacidad y aptitud para contratar. Esto conllevaría confundir conceptos jurídicos completamente distintos. Fruto de dicha confusión, podrían exigirse como requisitos previos, por ejemplo, los compromisos de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato determinados medios personales o materiales. Se trataría de compromisos que se integrarían en el contrato, pudiendo atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales o establecer penalidades para el caso de que se incumplan por el contratista.

En estos casos, resultará absolutamente improcedente que la mesa de contratación acordara la exclusión de un licitador por no aportar los mencionados medios en el momento del examen de los requisitos de solvencia (515), ya que ese extremo habrá de acreditarse en una fase posterior, en un primer momento, con carácter previo a la emisión del acuerdo de adjudicación y, en todo caso, en sede de ejecución del contrato (516).

c) COMPROBACIÓN DE LA SITUACIÓN CONCURSAL

Corresponde a la mesa, a tenor de lo previsto en el artículo 72.1 de la LCSP, la comprobación de la causa de prohibición recogida en el artículo 71.1.c) en relación a que el licitador, entre otras cuestiones, no haya solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

En relación a esta comprobación, la mesa ha de comprobar esta situación a través de la consulta al Registro Público Concursal (517) y ha de verificarlo a lo largo de todo el procedimiento contractual pues el artículo 140.4 de la LCSP introduce la novedad, por cierto muy oportuna, de que las circunstancias relativas a la ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. La mesa, por lo tanto, a

(515) Véanse Resoluciones del TACRC número 174/2012, de 8 de agosto, número 248/2012, de 7 de noviembre, y número 229/2013, de 20 de junio.

(516) Véanse Resoluciones del TACRC números 183/2011, de 13 de julio, y 198/2012, de 26 de septiembre en base a lo señalado en el STSJ de Cantabria de 18 de marzo de 1998.

(517) El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, convalidado por Resolución de 23 de abril de 2009, en su artículo 6. cinco sobre «Publicidad del concurso» que dio nueva redacción a los artículos 23 y 198 de la Ley 22/2003.



través de su Secretario, ha de comprobar directamente accediendo al Registro Público Concursal, y con independencia de que el licitador lo haya manifestado en su declaración responsable, que no está incurso en prohibición para contratar con carácter previo a que el órgano de contratación dicte los siguientes actos administrativos que se integran en el procedimiento contractual:

– En el momento de analizar los requisitos de selección con referencia al final del plazo de presentación de la correspondiente proposición o solicitud de participación. De este modo, si se comprueba que un licitador, a pesar de haber declarado que no se encuentra incurso en prohibición para contratar, sí lo está a través de la consulta al Registro Público Concursal, la mesa de contratación debe proponer su exclusión del procedimiento contractual, con independencia de las consecuencias que se pudieran irrogar en el futuro para dicho licitador (518).

– En el momento inmediatamente anterior a que sea dictado por el órgano de contratación el acuerdo de adjudicación del contrato. En este caso, si concurriese la citada prohibición para contratar, la adjudicación habría de efectuarse, a tenor de lo previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, a favor del licitador que hubiese presentado la segunda mejor oferta.

– En el momento de la formalización del contrato.

d) DEFECTOS EN LA DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

A la hora de abordar una cuestión tan delicada, a juicio de los autores de esta obra, procede hacer las siguientes consideraciones:

– Antes de comenzar el análisis de esta cuestión, han de quedar claras las siguientes tres premisas básicas:

- Primera, que solamente pueden ser subsanados los requisitos de capacidad y aptitud para contratar con el Sector Público, salvo que se tratara de un error u omisión de carácter puramente formal.
- Segunda, que solamente se pueden entender subsanados los que ya estuvieran sustanciados con anterioridad al momento de vencimiento del plazo para presentar proposiciones o solicitudes de participación (519)

(518) El artículo 70.1.e) de la LCSP.

(519) Véanse SSTs de 30 de enero de 1949, 22 de junio de 1972, 22 de noviembre de 1973, 29 de abril de 1981, 17 de febrero de 1984, y 19 de enero de 1995; Informes de la JCCA números 27/2004, de 7 de junio, 56/1996, de 18 de octubre, 26/1997, de 14 de julio, 37/1997 y 44/1997, de 10 de noviembre, 22/1999, de 30 de junio, 6/2000, de 11 de abril, 31/2000, de 30 de octubre, 35/2002, de 17 de diciembre, 48/2002, de 28 de febrero de 2003, 27/2004, de 7 de junio, y 18/2010, de 24 de octubre; Resoluciones del TACRC números 16/2010, de 1 de diciembre, 26/2010, de 9 de diciembre, y 193/2012, de 12 de septiembre.



como manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato que se consagran en el LCSP.

- Tercera y última, que los términos en los cuales se requiera la subsanación a los licitadores han de guardar perfecta congruencia con las condiciones de aptitud y capacidad recogidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el contrato y con la documentación que en ellos se refleje (520). En este sentido, si la mesa de contratación interpretase lo señalado en los pliegos a la hora de realizar la comunicación de subsanación, esta iniciativa solamente podría entenderse, a juicio de los autores de esta obra, como una mera indicación. En su consecuencia, no puede atribuirse a dicha comunicación ninguna capacidad para limitar el tipo de documento mediante el cual poder subsanar los defectos observados (521).

- Una vez enunciadas las dos premisas básicas que han de disciplinar la problemática derivada de la aparición de defectos en la documentación presentada por los licitadores, hay que indicar que la regla general será que la mesa de contratación habrá de conceder un plazo (522) para la subsanación de los mismos (523). La mesa concretará, sin lugar a dudas,

(520) Véase Resolución del TACRC número 898/2016, de 4 de noviembre, sobre la doctrina de subsanación de las ofertas.

(521) Véase Resolución del TACRC número 114/2011, de 27 de abril, en la que señaló inadecuada la exclusión acordada por el órgano de contratación sobre la base de una comunicación efectuada por la mesa en la que se exigía que, sin contemplarse en los pliegos, la acreditación de la cifra de negocios para acreditar la solvencia económico financiera se probase, exclusivamente, mediante la documentación fiscal o las cuentas anuales. El Tribunal consideró adecuada la prueba presentada por el licitador acompañando el informe de los auditores el balance de situación y la cuenta de pérdidas y ganancias.

(522) Véase la Resolución del TACRC número 321/2011, de 21 de diciembre, en la que se planteaba cómo debería actuar el órgano de contratación cuando se da cuenta de que se ha equivocado a la hora de fijar el plazo de subsanación (en lugar de indicar como fecha final del plazo para entregar la documentación el día 26 de septiembre de 2011 (tres días hábiles), se hizo constar el 26 de octubre de 2011). Respecto del citado asunto, el Tribunal señaló que fue correcta la siguiente actuación:

1. Se analizó en acto público tal como se preveía en el anuncio de licitación, si los licitadores habían subsanado los defectos y se procedió a abrir las proposiciones económicas de los que habían subsanado.

2. En cuanto se detectó el error, la mesa procedió a acordar que se contactase con los licitadores afectados para que aportasen la documentación requerida a la mayor brevedad posible, y convocar de nuevo el acto público, con invitación a todos los licitadores, asegurando de esta forma el efectivo conocimiento por parte de todos ellos. Se recibió confirmación de recepción de la convocatoria de todos ellos.

3. En acto público, el presidente de la mesa invitó a todos los presentes a comprobar que el sobre que se iba a abrir se encontraba en el mismo estado exactamente en que se depositó en su momento.

4. Analizadas las proposiciones de todos los licitadores admitidos, la mesa estudió y admitió el informe de valoración realizado de todas ellas y propuso la adjudicación a favor de la empresa que había presentado la oferta más ventajosa para la Administración.

(523) Véase Resolución del TACRC número 898/2016, de 4 de noviembre, sobre la doctrina de subsanación de las ofertas.

El artículo 81.2 del RGTRLCAP que continua vigente en cuanto no se ponga al contenido de la LCSP, tal y como establece su disposición derogatoria única, establece que «*Si la mesa observase*



los extremos a aportar (524) y lo comunicará a los licitadores implicados, indicando el lugar (525) en el que ha de presentarse la documentación correspondiente. A estos efectos, como ya se ha señalado, la disposición adicional decimoquinta de la LCSP señala que, en general en la tramitación de los procedimientos de adjudicación, la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos se realizará por medios exclusivamente electrónicos a la dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

– Como ya se ha señalado, solamente podrán subsanarse por la aplicación del citado artículo 81 del RGTRLCAP los defectos producidos en los requisitos de capacidad y aptitud para contratar de los licitadores (526). En consecuencia, no podrán subsanarse por dicha vía los defectos producidos en las ofertas o proposiciones presentadas por los mismos (527), salvo que, como ha interpretado en algunas ocasiones la Jurisprudencia, se tratara de un error u omisión de carácter puramente formal. Esto es lógico pues de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores

defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación» (el subrayado es de los autores de esta obra).

Por su parte, el artículo 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece la misma posibilidad y deja vigente el mencionado artículo 81.2 al señalar que el plazo de subsanación ha de ser inferior a siete días, a contar desde la apertura de la documentación administrativa previa, y disponer lo siguiente:

«1. A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 150.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él» (el subrayado es de los autores de esta obra).

(524) Véanse la Resolución del TACRC número 200/2012, de 20 de septiembre, en el que se declara indebida la exclusión de un licitador por haber sido excesivamente genérico su requerimiento de subsanación «conforme al Cuadro Resumen de Características», sin más precisiones; La Resolución del TACRC número 4/2013, de 10 de enero, que estima nula de pleno derecho la resolución dictada por un órgano de contratación en la que, al margen de lo previsto en la normativa aplicable (art. 81.2 del RGTRLCAP) y en los pliegos, concedió a los licitadores un plazo para no declarar desierta la licitación de modo que los licitadores pudieran obtener la inscripción en los Registros públicos requeridos.

(525) Véase la Resolución del TACRC número 247/2011, de 26 de octubre.

(526) Véanse las Resoluciones números 106/2011, de 15 de abril, 164/2011, de 15 de junio, 237/2012, de 31 de octubre, y 253/2012, de 14 de noviembre.

(527) Véase la Resolución número 219/2011, de 14 de septiembre.



que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas. Tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa se recogen en la LCSP (528).

En relación a este tema, la STJUE de 29 de marzo de 2012 (529), dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial que se presentó en el marco de unos litigios entre la Agencia eslovaca de Contratación Pública y varias empresas excluidas de una licitación de servicio de cobro de peajes, señaló las siguientes conclusiones:

- «... en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato».

- Admite que el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE no se opone a que «*excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta*».

- Señala que los candidatos afectados no pueden quejarse de que el órgano de contratación no tenga obligación de pedirles aclaración sobre su proposición pues «*la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos*».

– Al mecanismo de subsanación recogido en el artículo 81 del RGT-TRLCAP, ya mencionado, no le resulta aplicable lo previsto en el artículo 80.4 relativo a la presentación de ofertas por parte de los licitadores a

(528) STJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de abril de 2007, asunto *Deloitte Business Advisor NV*, T-195/05; STJUE de 14 de noviembre de 2013; STJUE de 16 de febrero de 2012, Costa y Sifones.

Véase la Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero, en relación a un contrato de servicio de gestión de residuos peligrosos.

(529) Véanse las Resoluciones del TACRC números 88/2012, de 1 de abril, y 147/2012, de 12 de julio.



través de su envío por correo postal. En este procedimiento el licitador presenta su proposición o solicitud de participación por dicha vía debiendo anunciarlo por télex, fax, telegrama o correo electrónico enviado en ese mismo día, y debiendo justificar la constancia de la transmisión y recepción (fechas, contenido íntegro de las comunicaciones e identificación fidedigna de remitente y destinatario) en el plazo de 10 días siguientes. Se trataría de casos en los que, por ejemplo, los licitadores afectados por la subsanación de la documentación general relativa a la capacidad y aptitud para contratar podrían, en lugar de presentarla ante el órgano de contratación en el plazo máximo de tres días hábiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción del presente escrito, depositarla en una empresa de mensajería (530) comunicando dicha remisión por télex, fax, telegrama o correo electrónico al órgano de contratación en el mismo día que vencía el plazo.

La respuesta ha de ser negativa porque no se contempla la misma forma para el envío de las proposiciones de los interesados para participar en la licitación y para la entrega de la documentación que deba ser objeto de subsanación, pues ello haría inviable asegurar el cumplimiento del procedimiento de contratación y de los plazos para él establecidos (531). Dicho esto, hay que señalar que instrumentalmente nada impediría que la documentación se enviase por correo, pero tendría que obrar en poder del órgano de contratación en la fecha y hora que figuraban en las notificaciones remitidas a los licitadores (532).

– Además de lo señalado, es preciso tener presente que el hecho de que el licitador debidamente excluido, por no haber subsanado, aporte con posterioridad a raíz de un recurso administrativo la documentación correspondiente no puede exonerar a aquel de la comisión de una infracción de los requisitos formales de presentación de la documentación en tiempo y forma. En este sentido, la participación en licitaciones públicas comporta la asunción de una serie de cargas formales que, además de ir orientada a que la adjudicación se realice a la mejor, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores. El cumplimiento de tales requisitos formales es, pues, una garantía de los licitadores que debe ser exigida por igual a todos ellos, sin que pueda ser obviada por el conocimiento extra procedimental que el órgano o la mesa de contratación ostente sobre la capacidad y aptitud de contratar del licitador (533).

(530) Véase la Resolución del TACRC número 167/2012, de 3 de agosto.

(531) Véase las Resoluciones del TACRC número 177/2011, de 6 de julio, y número 167/2012, de 3 de agosto.

(532) Este matiz se advierte en la Resolución del TACRC número 26/2012, de 18 de enero.

(533) Véanse las Resoluciones del TACRC números 175/2011 y 154/2012, de 29 de junio y 19 de julio, respectivamente.



e) RETIRADA DE LA OFERTA

En relación a dicha situación, pueden plantearse que cuando el Secretario de la mesa de contratación realiza la apertura de proposiciones y, cuando mencionada a una determinada empresa y su oferta, su representante (534) procede a manifestar que retira la misma pues su formulación incurre en un error en base al cual resulta inviable que pudiera asumir la ejecución del contrato de resultar seleccionada por la Administración [por ejemplo, porque la oferta se hubiese hecho a tanto alzado en lugar de por precios unitarios como se recogía en los pliegos (535)]. En este caso se plantea la duda de si el licitador podría retirar su proposición y si ello no conllevaría, en su caso, la incautación de la garantía provisional que se hubiese prestado, el reconocimiento de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, y la declaración de prohibición para contratar prevista en el artículo 71.2.a) de la LCSP (536).

Sobre este particular la cuestión consiste en evitar que la alegación formulada por uno de los licitadores, en el sentido de que al formular la oferta incurrió en error o inconsistencia, llegara a suponer la plena disponibilidad para retirar la oferta presentada por parte del mismo. Para ello el análisis conjunto de los artículos 80.5, y 85.2 del RG-TRLCAP, lleva a la necesidad de examinar caso a caso si concurren los siguientes requisitos:

- Que exista, efectivamente, el mencionado reconocimiento del error por parte del licitador.
- Que el contenido de la oferta resulte inviable, extremo que ha de ser libremente apreciado por la mesa de contratación en función de las circunstancias que concurren en cada caso, toda vez que no será posible obligar de forma compulsiva al licitador a aceptar la admisión de la oferta y, en caso de resultar adjudicatario, a asumir la formalización y cumplimiento de las obligaciones contractuales.

(534) Recuérdese, por su importancia, que dicha retirada ha de ser practicada por la persona que asume la representación del licitador y cuyos poderes han debido de quedar plenamente probados ante la mesa de contratación. En este sentido, la Resolución del TACRC número 48/2012, de 9 de febrero.

(535) Por ejemplo, en los pliegos de un contrato de suministro de ordenadores de valor estimado 100.000 euros se pedía que los licitadores ofertaran el precio unitario que podrían ofrecer para cumplir los PPTS. La empresa podía ofertar un ordenador de las características exigidas por un valor unitario de 750 euros, es decir podría suministrar 133 ordenadores (100.000: 750) pero en su oferta confundió el sistema previsto en los pliegos y la hizo por 99.750 euros. Con este error da a entender que solamente podría suministrar 1 ordenador por dicho valor.

(536) Véase Informe JCCA número 30/2008, de 2 de diciembre.



f) DEFECTOS EN LAS PROPOSICIONES

Si los licitadores presentasen sus proposiciones de manera diferente a la prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares [por ejemplo, inclusión de proposición en el sobre correspondiente a la documentación general (537), presentación de proposición por precio global en lugar de por precio unitario (538), o contradicción entre lo expresado en letra y en cifra en oferta económica, salvo que en los pliegos se estableciera preferencia de una forma sobre otra (539)], las mismas habrán de ser, en principio, rechazadas por la mesa de contratación (540) pues ésta ha de observar tres cuestiones a la hora de tomar dicha decisión:

– Ha de valorar si el defecto producido conculca materialmente los principios que han de inspirar la contratación, es decir, los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos a que se refiere el artículo 1 de la LCSP. En este sentido, pudiera ocurrir, por ejemplo, que la mesa de contratación se planteara acordar la exclusión de una proposición porque el licitador hubiera incurrido en alguno de los siguientes supuestos:

- Porque en un determinado sobre incluyera alguna documentación adicional respecto a la prevista en los pliegos.
- Porque hubiera incluido algún requisito técnico previsto en los pliegos de prescripciones técnicas (en lo sucesivo, PPTS), que no va a ser ponderado, en el sobre de documentación general.
- Porque hubiera incluido documentación en un sobre distinto al previsto en los pliegos y, sin embargo, se tratara de información ya conocida.

Lo señalado, evidentemente, exigirá, a juicio de los autores de esta obra, que la mesa analice, caso a caso, si el defecto producido desvirtuaría

(537) Véase Informe JCCA número 20/2007, de 26 de marzo.

(538) Véase Informe JCCA número 51/2006, de 11 de diciembre.

(539) Véanse Informe JCCA número 45/2006, de 30 de octubre; Resoluciones del TACRC números 24/2010, de 9 de diciembre, y 65/2012, de 7 de marzo. No obstante, para matizar dicha cuestión resulta especialmente interesante analizar la Resolución del TACRC número 137/2012, de 20 de junio, en la que, en un caso que parece sacado de laboratorio (oferta de precio gasóleo calefacción con error tipográfico a la hora de expresar la parte decimal del mismo por litro), entiende que el órgano de contratación rechazó indebidamente la oferta toda vez que *«la divergencia entre cifra y letra en la proposición de la recurrente, no significa que haya un error manifiesto en el importe o que sea de tal naturaleza que haga inviable la oferta y, como señalamos arriba, en dicha proposición se puede determinar con certeza que el precio realmente ofertado es de 1,008 euros/lt. (un euro con ocho milésimas, por litro)»*.

(540) Véase la Resolución del TACRC número 266/2012, de 28 de noviembre.

o no el secreto de la proposición (541). Solamente en el caso de que se llegara a la conclusión afirmativa, la mesa debería proceder a excluirla.

– Por otro lado, ha de tener presente que un excesivo formalismo sería contrario a los principios a los que se ha hecho referencia y a la libertad de concurrencia y a la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (542).

– Finalmente, ha de ponderar si el error en el que ha incurrido el licitador se debe a una incorrecta redacción de los pliegos ya que, en tal caso, las consecuencias no pueden trasladarse a la empresa licitadora mediante la exclusión decretada por la mesa de contratación (543).

F. Responsabilidad de los miembros de la mesa de contratación

La responsabilidad de los miembros de la mesa de contratación es un tema que normalmente se pasa por alto. Muchos vocales creen que el cometido que desempeñan auxiliando al órgano de contratación no les compromete en absoluto, pues entienden que solamente realizan propuestas sin sustantividad propia lo cual, a su juicio, les exoneraría de cualquier tipo de responsabilidad.

Sin embargo nada más alejado de la realidad (544). Los miembros de la mesa podrían ser responsables de sanciones disciplinarias, de determinados tipos penales, y, sus patrimonios personales podrían verse afectados por las consecuencias de las declaraciones contenidas en ellas (545).

Así, desde el punto de vista disciplinario, la disposición adicional vigésima octava.2 de la LCSP señala que *«La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a*

(541) Véase la Resoluciones del TACRC números 14/2010, de 26 de noviembre, y 838/2014, de 7 de noviembre.

(542) Véanse la Resolución del TACRC número 64/2012, de 7 de marzo, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 4/2011 de 14 de abril, los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid números 3/2008, de 30 mayo, y 4/2007, de 31 de mayo, e Informes JCCA números 23/2008, de 29 de septiembre, y 30/2008, de 2 de diciembre.

(543) Véase Resoluciones del TACRC números 240/2012, de 31 de octubre, 254/2012, de 14 de noviembre, y 166/2013, de 8 de mayo.

(544) Véase STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 noviembre de 2012, en relación a un contrato de recogida de residuos sólidos urbanos celebrado por el Ayuntamiento de Torrevieja.

(545) Vía responsabilidad patrimonial derivada de la disposición adicional vigésima octava de la LCSP en relación con los artículos 36 y 37 de la LRJSP.

responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia».

Desde el punto de vista penal, sin ánimo de exhaustividad, los miembros de una mesa de contratación en cuanto funcionarios públicos podrían incurrir en los delitos de falsedad documental (546) (alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial, simulando un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad, suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho, o faltando a la verdad en la narración de los hechos), de falsedad en la emisión de certificaciones (547), prevaricación (548), en fraudes y exacciones ilegales (549), y en negociaciones y actividades prohibidas y abusos en el ejercicio de su función (550).

5. FASE INTERNA: PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A. Planteamiento estratégico del contrato

En la fase interna del procedimiento de contratación la Administración Pública contratante-Poder Adjudicador perfila su voluntad de contratar. Por ello, en este proceso de decantación de la necesidad de contratar resulta extraordinariamente importante que el órgano de contratación concrete todo lo que sea posible los extremos que sean necesarios para que la formalización y los efectos y extinción del contrato se desarrollen sin detrimento para los intereses públicos. Resultará difícil, por no decir imposible, que algo que no ha quedado perfectamente perfilado en la fase interna no produzca problemas durante su fase externa y sobre el normal desarrollo del contrato.

Por lo tanto, resultará capital que el órgano de contratación defina en términos generales cuál será su estrategia contractual y, posteriormente, elija los mecanismos y procedimientos establecidos en la LCSP que mejor se adapten a la contratación a realizar. Ello requerirá que el órgano de contratación tenga que procurar desarrollar la capacidad de contar con el

(546) Artículo 390 y 391 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(547) Artículo 398 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(548) Artículo 404 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(549) Artículo 436 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(550) Artículos 439, 441, y 442.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



mayor conocimiento posible de las posibilidades que ofrece la citada Ley. Las premisas del citado planteamiento serán, por un lado, la fijación de la naturaleza jurídica del contrato a celebrar y, por otro, la del valor estimado del mismo, ya que en base a ellas la LCSP orienta las posibilidades de realización de cada contratación. Saber elegir entre ellas la que mejor se adapte a las necesidades a satisfacer, constituye el diferencial de conocimiento que distingue al gestor eficiente en materia de Contratación Pública.

B. Naturaleza del contrato

La premisa básica ha de ser la calificación jurídica del contrato en función del objeto de la prestación o del bien que se va a externalizar. Respecto de dicha cuestión, aunque no suele haber problema en definir la naturaleza del contrato que se va a celebrar, sin embargo sí resulta conveniente tener presente las reglas de interpretación que ya se han analizado en la presente obra en la Parte Cuarta sobre «*Normas aplicables a la contratación de una Administración Pública-Poder Adjudicador*», Epígrafe 2 «*Tipología y régimen jurídico contractual*», apartado a) relativo a los «*Contratos administrativos*».

Solamente recordar que, en función de lo ya señalado en esta obra, la decisión de aplicar la figura de los contratos mixtos (551) puede resultar un tanto comprometida ya que puede producir ciertas patologías en el contrato que podría ocasionar ciertas disfunciones en relación a la ejecución del contrato.

C. Valor estimado del contrato

a) PLANTEAMIENTO GENERAL

Como ya se ha señalado en esta obra, el concepto de valor estimado tiene por objeto poder determinar «*a priori*», en la fase interna del contrato, cuándo dicho contrato quedará sujeto a regulación armonizada, y, si éste no es el caso, cuándo será posible aplicar el procedimiento abierto simplificado normal o abreviado recogido como novedad en la LCSP (552) o la figura de los contratos menores (553).

(551) Artículo 18 de la LCSP.

(552) Artículo 159 de la LCSP.

(553) Artículo 118.1 de la LCSP.



Habiendo ya examinado en esta obra los aspectos generales que han de ser tenidos en cuenta a la hora de fijar el valor estimado de los Contratos del Sector Público, resulta obligado reflejar en este momento cuál es el sistema de cuantías recogido en la LCSP con el fin de revisar la gestión contractual. El citado sistema se aplica por separado, por un lado, para los contratos administrativos de obras y, por otro, para los contratos de suministro y servicios, fijando para cada uno de ellos un orden de prelación ascendente de cuantías. Dicho sistema, no obstante, responde a las siguientes premisas:

– A tenor de la LCSP y a partir de un determinado valor estimado solamente será posible promover, en principio, un procedimiento de adjudicación ordinario (abierto o restringido), salvo que se acuda a motivar en la fase interna la concurrencia de alguna causa material en virtud de la cual e independientemente del citado valor pueda ponerse en marcha un procedimiento negociado sin publicidad (554).

– A lo que se acaba de señalar, solamente matizar que es posible llevar a cabo la contratación por procedimiento negociado sin publicidad y sin límite de cuantía salvo, lógicamente, la derivada de la necesaria autorización previa del Consejo de Ministros, a tenor del artículo 324.1.a) de la LCSP, para contratos de valor estimado igual o superior a doce millones de euros.

b) SISTEMA DE CUANTÍAS APLICABLE AL CONTRATO DE OBRAS

El sistema que se refiere al contrato de obras es el siguiente:

– Cuando el valor estimado sea inferior a 40.000 euros (555) lo indicado sería que el órgano de contratación celebre un contrato menor, ajustándose a lo previsto en los artículos 118 y 131.3 y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras contratadas centralizadamente en el ámbito estatal.

– Cuando el valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 80.000 euros, lo procedente sería que el órgano de contratación plantease la realización de un procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6 de la LCSP.

– Cuando el valor estimado sea igual o superior a 80.000 euros e igual o inferior a 2.000.000 euros, lo adecuado sería que el órgano de contratación promoviese la celebración de un procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 de la LCSP.

(554) Artículo 168 de la LCSP.

(555) En la LCSP, a diferencia de lo que se establecía en la disposición final segunda del TRLCSP, ya no se considera máximo el citado importe.



– Cuando el valor estimado sea superior a 2.000.000 euros será necesario promover la celebración de un procedimiento ordinario de adjudicación (abierto o restringido) con o sin publicidad comunitaria según que se superaran o no los 5.548.000 euros, salvo que concurriera alguna causa material que habilitara la celebración de un procedimiento de licitación con negociación a tenor de los artículos 166 y siguientes de la LCSP.

c) SISTEMA DE CUANTÍAS APLICABLE A LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y SERVICIOS

Por lo que se refiere a los contratos de suministro y servicios, el sistema es el siguiente:

– Cuando el valor estimado sea inferior a 15.000 euros (556) lo indicado sería que el órgano de contratación celebrase un contrato menor, ajustándose a lo previsto en los artículos 118 y 131.3 y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con los suministros y servicios contratados centralizadamente en el ámbito estatal.

– Cuando el valor estimado sea igual o superior a 15.000 euros e inferior a 35.000 euros, excepto en el caso de los servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, lo procedente sería que el órgano de contratación plantease la realización de un procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6 de la LCSP.

– Cuando el valor estimado sea inferior a 35.000 euros en el caso de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, o igual o superior a 35.000 euros e igual o inferior a 100.000 euros, lo adecuado sería que el órgano de contratación promoviese la celebración de un procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 de la LCSP.

– Cuando el valor estimado sea superior a 100.000 euros será necesario promover la celebración de un procedimiento ordinario de adjudicación (abierto o restringido) con o sin publicidad comunitaria según que se superaran o no los 211.000 o 144.000 euros, según que los contratos hayan o no de ser adjudicados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, salvo que concurriera alguna causa material que habilitara la celebración de un procedimiento de licitación con negociación a tenor de los artículos 166 y siguientes de la LCSP.

(556) En la LCSP, a diferencia de lo que se establecía en la disposición final segunda del TRLCSP, ya no se considera máximo el citado importe. Ahora, a tenor de la disposición final primera.3 de la LCSP, esta circunstancia solamente se refiere a predica de los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, regulados en el artículo 131.4 y que en el TRLCSP se recogían en la disposición adicional vigésima cuarta.



D. Contratos sujetos a regulación armonizada

La LCSP identifica claramente el ámbito normativo sometido a las prescripciones de las Directivas comunitarias utilizando para ello el término «*contratos sujetos a regulación armonizada*». La indicada categoría se aplicará a los contratos que cumplen la siguiente triple condición:

- Que se trate de contratos (557) de obras, de concesión de obras, de concesión de servicios (558), de suministro (559), de servicios (560), o de contratos subvencionados (561).
- Que el valor estimado de los citados contratos sean de cuantía igual o superior al previsto como umbral comunitario (562).
- Que el órgano de contratación sea un poder adjudicador a tenor de lo previsto en el artículo 3.3 de la LCSP.

La consecuencia de que un contrato quede sujeto a regulación armonizada consistirá en la obligación de someter su licitación a publicidad individual comunitaria, tal y como se tendrá oportunidad de analizar a continuación en esta obra, con la matización de que en su estrategia contractual el órgano de contratación aplique el sistema de lotes (563).

(557) En el artículo 13.2 de la LCSP se señalan algunos contratos que, cualquiera que fuese su valor estimado, en ningún caso estarán sometidos a regulación armonizada.

(558) Artículo 20 de la LCSP. A tenor de la disposición adicional decimotercera, 1, párrafo segundo de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, las Administraciones Públicas a que se refiere el apartado 2 del artículo 3 del LCSP, cuando el contrato de obras esté sujeto a regulación armonizada deberán, a partir del 18 de septiembre de 2014, contratar teniendo en cuenta un alto rendimiento energético, en la medida que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente, según lo indicado en el Anexo de esta Ley sobre «*Requisitos de eficiencia energética para la adquisición de bienes, servicios y edificios por las Administraciones Públicas Centrales*».

(559) Artículo 21 de la LCSP. A tenor de la disposición adicional decimotercera, 1, párrafo segundo de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, las Administraciones Públicas a que se refiere el apartado 2 del artículo 3 del LCSP, cuando el contrato de obras esté sujeto a regulación armonizada deberán, a partir del 18 de septiembre de 2014, contratar teniendo en cuenta un alto rendimiento energético, en la medida que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica, así como una competencia suficiente, según lo indicado en el Anexo de esta Ley sobre «*Requisitos de eficiencia energética para la adquisición de bienes, servicios y edificios por las Administraciones Públicas Centrales*».

(560) Artículo 22 de la LCSP.

(561) Artículo 23 de la LCSP.

(562) Actualmente los umbrales comunitarios están recogidos en la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018.

(563) Artículos 20.2, 21.2 y 22.2 de la LCSP. No queda clara la interpretación de estos artículos. No obstante, su interpretación, en relación a la posibilidad de formar lotes en relación a un determinado objeto contractual, admite, a juicio de los autores de esta obra, dos posibilidades:

1. Por un lado, la tesis, que se podría denominar «*literalista*», que entiendo que será posible excluir un contrato del sistema de regulación armonizada mediante la formación de lotes y una interpretación estrictamente textual de los citados artículos. Vaya por delante la observación de que, si lo que se persigue es lo que se señala a continuación, existen bastantes posibilidades de que esta interpretación fuera declarada contraria al Derecho Comunitario de la Contratación Pública.

E. Contratos reservados

a) INTRODUCCIÓN

En la Parte Tercera de esta obra, a propósito del análisis de los Aspectos Troncales de la LCSP, se señalaba que en el ámbito de la Contratación Pública, la defensa del interés público y el respeto a los principios derivados del TFUE constituyen las bases de la regulación de esta materia. Actualmente, las normas de Contratación Pública consideran como valor principal los principios de libre concurrencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. Los contratos públicos, financiados total o parcialmente por el presupuesto, se ajustarán a los principios de transparencia, proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación.

No obstante, en el Preámbulo de la LCSP (564) se señala que, tomando como referencia las Directivas europeas, se incluyen en los contratos públicos, entre otras, consideraciones de tipo social. En este sentido, se siguen regulando en la disposición adicional cuarta, como ya se hacía en la disposición adicional quinta del TRLCSP, los contratos reservados a centros especiales de empleo (565) o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco

Así, por ejemplo, en un contrato de obras con valor estimado de 6.000.000 euros si el órgano de contratación pudiera realizar los siguientes lotes cumpliendo los requisitos del artículo 99.3 de la LCSP (Lote 1 - 4.000.000, Lote 2 - 1.500.000 y Lote 3 - 500.000) podría descontar del cómputo a efectos del umbral comunitario el importe del Lote 3 (500.000 euros) ya que no supera el millón de euros y además tampoco es mayor del 20 por ciento de valor acumulado de los lotes. De este modo, el valor estimado del mencionado contrato no sería de 6.000.000 euros sino de 5.500.000 euros (6.000.000 menos 500.000 euros). Por ello dicho contrato no estaría sujeto a regulación armonizada ya que no superaría los 5.548.000 euros, cuantía prevista para este tipo de contrato en la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018.

El funcionamiento sería idéntico para el contrato de suministros y de servicios, con la lógica salvedad de que las cuantías son distintas. Así, por ejemplo, en un contrato de servicios de 150.000 euros realizado por la Administración General del Estado si el órgano de contratación pudiera realizar dos lotes cumpliendo los requisitos del artículo 99.3 de la LCSP (Lote 1 - 121.000, Lote 2 - 29.000) podría descontar del cómputo a efectos del umbral comunitario el cómputo del Lote 2 ya que es menor de 80.000 y no supera los 30.000 (20 por ciento del importe de todos los lotes). Ello supondría que, aplicando la interpretación ya señalada para el contrato de obras, dicho contrato no estaría sujeto a regulación armonizada ya que no superaría los 144.000 euros.

No parece que sea ésta la interpretación más ortodoxa.

2. En segundo lugar, la tesis que se podría llamar de «*doble velocidad*» según la cual unos lotes irían al cronograma que plantea la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada y otros, que cumplieran las condiciones previstas en los artículos 20.2, 21.2 y 22.2, aplicarían el previsto para los no sujetos a dicho régimen.

Esta interpretación haría que el contrato se encontrara sujeto a regulación armonizada, aunque a uno de sus lotes no se les aplicara las normas de adjudicación propias de dicha declaración, y que, por tanto, fuera susceptible de ser objeto de recurso especial en materia de contratación (curiosamente, a pesar de que su valor estimado no alcanza el umbral comunitario). Por estas razones, esta segunda tesis, sería la más conveniente para el órgano de contratación dado que resultará la más prudente y operativa para la gestión del expediente de contratación y del contrato en su conjunto.

(564) Exponento V.

(565) Véase Resolución del TACRC número 538/2016, de 8 de julio, sobre la acreditación de la condición de Centro Especial de Empleo a efectos de los contratos reservados, no es necesario que se refiera a la específica actividad objeto del contrato.



de programas de empleo protegido, extendiéndose dicha reserva a las empresas de inserción y exigiéndoles a todas las entidades citadas que tengan en plantilla el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación, aunque, como novedad, se dedica, en relación a la mencionada disposición adicional cuarta, otra disposición, la adicional cuadragésima octava, sobre reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones.

A tal fin, en el Anexo VI de la LCSP se recogen los Códigos CPV de los servicios y suministros a los que se refiere la disposición adicional cuarta relativa a los contratos reservados, que hacen referencia a servicios de limpieza (566), de recogida y reciclaje (567), forestales (568), de lavandería (569), de hostelería y *catering* (570), de transporte (571), de imprenta (572), sociales (573), de almacenamiento y reparto (574), de hospedaje y turismo rural (575), de trabajos administrativos (576), de gestión y trabajos auxiliares (577), de correo y publicidad (578), de mantenimiento y reparación (579), de producción y venta de plantas de temporada, de compost, de planta y arbusto, de mobiliario de jardín... (580), de producción y venta de jabones de mano (581), de producción y venta de herramientas de cocina de madera (582), de producción y venta de mobiliario de carpintería (583), de venta y distribución (584), de artículos para eventos (585), y de regalos y obsequios de empresa (586).

-
- (566) CPV: 90610000-6, 90611000-3, 77211500-7, 77310000-6, 77311000-3, 77313000-7, 77314000-4, 90917000-8, 77211400-6, 90910000-9, 90911300-9, 90919200-4, 90690000-0.
 - (567) CPV: 90511300-5, 90511400-6, 90531000-8.
 - (568) CPV: 77200000-2, 77231000-8, 77231800-6, 77312000-0, 77312100-1, 79930000-2.
 - (569) CPV: 98311100-7, 98311200-8, 98312100-4, 98314000-7, 98315000-4, 98311000-6.
 - (570) CPV: 79952000-2, 55130000-0, 79952100-3, 55120000-7, 79950000-8, 55512000-2, 55330000-2, 55400000-4, 55410000-7.
 - (571) CPV: 60112000-6.
 - (572) CPV: 79824000-6, 79821000-5, 79820000-8, 79800000-2, 79810000-5, 79823000-9, 79971000-1, 79971200-3, 79971100-2.
 - (573) CPV: 85320000-8, 85312000-9, 85300000-2, 85310000-5.
 - (574) CPV: 63100000-0, 63120000-6, 63121100-4.
 - (575) CPV: 63500000-4, 75125000-8.
 - (576) CPV: 92500000-6, 92510000-9, 92511000-6, 92512000-3, 79500000-9, 98341120-2, 98341130-5, 79511000-9, 92520000-2, 92521000-9, 92521100-0, 72312000-5.
 - (577) CPV: 45233294-6, 45316000-5, 79993100-2, 79993000-1.
 - (578) CPV: 79571000-7, 79340000-9, 79341000-6, 64121100-1, 64121200-2, 79520000-5, 79920000-9, 79921000-6.
 - (579) CPV: 45422000-1, 45420000-7, 50850000-8, 45262500-6, 45262520-2, 50000000-5, 71314100-3, 45330000-9, 45442100-8, 50232200-2, 45262680-1, 45259000-7, 50115000-4.
 - (580) CPV: 03121100-6, 03451300-9, 39142000-9, 03110000-5.
 - (581) CPV: 33711900-6, 33741100-7, 39831700-3.
 - (582) CPV: 39220000-0, 44410000-7, 39221100-8, 39221180-2, 39141000-2.
 - (583) CPV: 39100000-3, 03419100-1, 37800000-6, 37810000-9.
 - (584) CPV: 30199000-0, 39000000-2.
 - (585) CPV: 18530000-3.
 - (586) CPV: 39516000-2, 39295500-1, 39561140-5, 39200000-4, 39290000-1, 39170000-4, 44111300-4, 39298900-6, 44812400-9.



b) CONTRATOS RESERVADOS

El artículo 132.1 de la LCSP, en sintonía con lo señalado en el epígrafe anterior, dispone, como hacía el artículo 139 del TRLCSP, que los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y, ahora adicionado como novedad en el mencionado artículo 132, de proporcionalidad, sin que, en ningún caso, podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta de la LCSP.

A tenor de lo previsto en el artículo 99, referido al objeto del contrato, en relación con la disposición adicional cuarta de la LCSP, esta posibilidad de reserva podrá materializarse de las siguientes maneras:

1. Reservando algún lote o lotes, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social (587) y a empresas de inserción reguladas (588).

2. Fijando porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción.

3. Estableciendo un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido.

Para ello, la citada disposición adicional cuarta de la LCSP establece las siguientes condiciones:

– Se establecerá mediante Acuerdo del Consejo de Ministros (589) o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, en el que se fijarán las condiciones mínimas para garantizar dicha reserva en cualquiera de las tres modalidades a las que se acaba de hacer referencia.

(587) Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

(588) Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

(589) El párrafo último del apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la LCSP prevé el siguiente cuadro de aplicación:

– Antes del 8 de marzo de 2019, deberá dictarse dicho Acuerdo.

– Si no se hubiese hecho, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a 8 de marzo de 2022, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el Anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva.

- Los Centros Especiales de Empleo (590) de iniciativa social y a empresas de inserción han de cumplir los requisitos establecidos en la normativa que les resulta aplicable (591), y, además, que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social sea el previsto en la misma y, en todo caso, al menos de un 30 por 100.
- En los procedimientos de contratación en los que se aplique alguna de estas reservas no procederá la exigencia de la garantía definitiva, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente.
- En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a dicha reserva con expresa a la disposición adicional cuarta de la LCSP.

c) RESERVA DE CIERTOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE CARÁCTER SOCIAL, CULTURAL Y DE SALUD

El artículo 145.3 párrafo último de la LCSP señala, como novedad respecto de lo que se establecía en el artículo 150 del TRLCSP, que el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación cuando se trate de contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, y en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP.

La citada disposición adicional, sin perjuicio de lo que establece la disposición adicional cuarta que ya se ha analizado en el epígrafe anterior de esta obra, señala que los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los siguientes contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud:

- Servicios administrativos sociales, educativos, sanitarios y culturales: Servicios educativos y de formación (592).

(590) Véase Resolución del TACRC número 538/2016, de 8 de julio, sobre la acreditación de la condición de Centro Especial de Empleo a efectos de los contratos reservados, no es necesario que se refiera a la específica actividad objeto del contrato.

(591) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

(592) CPV 75121000-0, 75122000-7, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7.



- Servicios sociales y de salud y servicios conexos:
 - Servicios de suministro de personal doméstico (593).
 - Servicios de suministro de personal de enfermería (594).
 - Servicios de suministro de personal médico (595).
 - Casas particulares con personas empleadas (596).
- Otros servicios administrativos y servicios gubernamentales (597).
- Otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los servicios prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y otros servicios prestados por asociaciones (598).

Las citadas organizaciones deberán cumplir todas y cada una de las condiciones siguientes:

1. Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de alguno de los servicios señalados con anterioridad.
2. Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o, en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.
3. Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.
4. Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato de dicha naturaleza en los 3 años precedentes.
5. Que la duración máxima del contrato no exceda de 3 años.

En el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación de un contrato de estas características se hará referencia expresa a la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP.

F. Expediente de contratación

a) PLANTEAMIENTO GENERAL

La voluntad de contratar que se genera en la fase interna del contrato se ha de documentar en el correspondiente expediente de contratación,

(593) CPV 79622000-0.
(594) CPV 79624000-4.
(595) CPV 79625000-1.
(596) CPV 98133000-4.
(597) CPV 75123000-4.
(598) CPV 98133110-8.



de tal modo que, si definitivamente se aprueba el expediente y el gasto (599), ello supondrá que el órgano de contratación haya de iniciar la fase externa, de acuerdo con lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, a cuyo efecto hará pública al tráfico jurídico la voluntad de contratar de la Administración Pública.

Por lo tanto, con el fin de formar dicha voluntad, el órgano de contratación realizará una serie de actuaciones administrativas previas que se materializarán en el expediente de contratación. Su contenido, salvo que se trate de un contrato menor en cuyo caso el expediente se abrevia extraordinariamente (600), será el siguiente a tenor de lo previsto en el artículo 116 de la LCSP:

1. Acuerdo motivado del órgano de contratación: En este sentido, a diferencia de lo que se señalaba en la Ley de Contratos del Estado en la que se exigía que existiese un «... *acuerdo del órgano de contratación...*» (601), en el TRLCAP, en el TRLCSP y en la LCSP se indica solamente «...*que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato...*» (602). En relación a esta diversidad de redacciones siempre se ha entendido que lo fundamental no es que se adopte una resolución por la que se acuerde la simple iniciación del expediente, sino que se dicte la resolución de aprobación del mismo que es la que supone la finalización de la fase interna del contrato (603).

El inciso final del artículo 116.1 de la LCSP introduce como novedad que la mencionada resolución del órgano de contratación, motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 28, deberá ser publicada en el perfil de contratante.

2. Incluirá la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 99.7 de la LCSP para los contratos adjudicados por lotes.

(599) A tenor del artículo 117.1 de la LCSP, dicha resolución implicará también la aprobación del gasto, salvo en el supuesto excepcional de que el presupuesto no hubiera podido ser establecido previamente, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido lo contrario, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del órgano competente. Esta resolución deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante. También en el caso de tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de emergencia, recogido en el artículo 120 de la LCSP.

(600) En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. El expediente de contratación en el contrato menor será prácticamente como un expediente de gasto ya que requiere solamente la aportación de la factura correspondiente y la aprobación del gasto, salvo que su objeto sea la realización de obras en cuyo caso hará falta aportar el presupuesto, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran, y el informe de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra (art. 118.1, párrafo segundo y 2 de la LCSP).

(601) Artículo 24 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.

(602) Artículos 67.1 TRLCAP, 109.1 TRLCSP y 116 de la LCSP.

(603) Véase Informe JCCA número 31/2005, de 29 de junio.



En relación con dicho objeto, como ya se ha señalado en esta obra, el citado artículo 99 introduce algunas novedades importantes:

– Establece que la determinación del objeto contractual se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten.

– Consagra el principio general de que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización de lotes, pudiéndose reservarse alguno o algunos, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta, a favor de Centros Especiales de Empleo (604) de iniciativa social y a empresas de inserción.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente (605), salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

– Prevé que, por un lado, que se puedan establecer limitaciones al número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta y al número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador (606), y, por otro, la posibilidad de que el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y la procedencia de adjudicar más de un lote al mismo licitador, aquel podrá adjudicar a una oferta integradora, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos.

(604) Véase Resolución del TACRC número 538/2016, de 8 de julio, sobre la acreditación de la condición de Centro Especial de Empleo a efectos de los contratos reservados, no es necesario que se refiera a la específica actividad objeto del contrato.

(605) Véase Resolución del TACRC número 52/2013, de 30 de enero, no se consideró suficiente la motivación de no fraccionar en lotes el objeto de un contrato que incluía varios servicios en base a «lograr el éxito, y ante la importancia, y la extensión del proyecto, se apuesta por una única empresa adjudicataria, con responsabilidad global y única para todo el paquete de servicios TIC, con una misma infraestructura que facilite la evolución y despliegue de los servicios solicitados. La gestión, administración y mantenimiento de los servicios TIC requiere una gran interacción entre el Ayuntamiento y la empresa adjudicataria prestadora de los servicios, por lo que se pretende delimitar las responsabilidades, y evitar situaciones de conflicto entre varios interlocutores independientes que no benefician al Ayuntamiento, y que puedan mermar la calidad del Servicio Global y aumentar los tiempos de implantación». La motivación debe interrelacionar las distintas prestaciones recogidas en el objeto del contrato de modo conclusivo, es decir, analizando la relación entre ellas y por qué razón o razones entiende la administración contratante que su licitación debe ser unificada.

(606) Finalmente se aplicó el criterio que mantenía la Abogacía General del Estado desde el Dictamen 69/2006, 28 de julio, en relación a que se trataba de un atributo de la Administración contratante que, en consecuencia, tiene la capacidad de poder decidir sobre si la licitación ha de referirse a la totalidad del objeto del contrato o solo al lote o lotes que dicha Administración determine, vinculando con esa decisión a los licitadores.



3. Justificación adecuada de la elección del procedimiento y de los criterios de adjudicación del contrato (607).

4. La inclusión de los pliegos de cláusulas administrativas y de los PPTS, del Documento Descriptivo (608) en el procedimiento de Diálogo Competitivo, y del documento de licitación en los contratos basados en acuerdos marco invitando a una nueva licitación a las empresas parte del mismo (609).

5. Financiación del contrato con aportaciones de distinta procedencia (610), aunque se trate de órganos de una misma Administración pública, se tramitará un solo expediente por el órgano de contratación al que corresponda la adjudicación del contrato, debiendo acreditarse en aquel la plena disponibilidad de todas las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad.

6. Certificado de Existencia de Crédito, en el caso de entidades del sector público estatal con presupuesto estimativo, documento equivalente que acredite la existencia de financiación, y la fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la LGP (611).

7. Fiscalización por parte del Interventor Delegado en el ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, a tenor de lo previsto en los artículos 152 y 147 de la LGP (612).

8. La clasificación que, en su caso, se exija a los participantes.

9. Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.

10. El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.

11. La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes, y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.

12. En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.

(607) Véase las Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

(608) Artículo 174.1 de la LCSP, en relación a la subsección 5.ª, de la Sección 2.ª, del Capítulo I, del Título I, del Libro II.

(609) Artículo 219.4 y 5 de la LCSP.

(610) Véase Informe JCCA de 56/2011, de 1 de marzo de 2012.

(611) Orden de 1 febrero 1996, por la que se aprueban los documentos contables a utilizar por la Administración General del Estado.

(612) Resolución de 2 junio 2008 de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos.



13. La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.

A pesar de lo señalado, es posible que, una vez aprobado el expediente de contratación, se detecte que el órgano de contratación ha podido incurrir en alguna incorrección dentro del diseño de la estrategia contractual. En tales supuestos, salvo que la misma fuese constitutiva de causa de desistimiento (613) en cuyo caso no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsista la infracción no subsanable, se plantea si sería necesaria la iniciación de un nuevo procedimiento contractual. Sobre este particular, a juicio de los autores de esta obra, es preciso señalar que no sería necesario iniciar de nuevo el expediente de contratación en el caso de que éste se encontrara en una fase muy inicial en la que únicamente se habrían publicado los anuncios de licitación, pues bastaría con realizar la rectificación de los pliegos y anuncios, en aras de los principios de economía procedimental y de celeridad, y publicar nuevos anuncios en los que se establecieran nuevos plazos para la presentación de proposiciones y la correlativa modificación de las fechas de apertura pública de las ofertas, por ser dicha actuación plenamente garantista con los derechos de los licitadores y por conseguir un resultado idéntico al que se habría alcanzado con la anulación del procedimiento y la iniciación de otro posterior.

b) ESPECIALIDADES PROPIAS DE ALGUNOS CONTRATOS

1. *Contrato de obras*

De acuerdo con lo ya señalado en esta obra en esta misma parte cuando se trató de la «*Tipología y régimen jurídico contractual*» de los «*Contratos administrativos «típicos»*», el contrato de obras presenta determinadas peculiaridades en su fase interna que, de manera muy sintética, pueden esquematizarse de la siguiente manera:

– La realización de una obra acompañada, en su caso, por el proyecto (614). En todo caso, a tenor del artículo 234.2 de la LCSP, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente Proyecto o documento similar y solo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse.

(613) Artículo 152 de la LCSP.

(614) Véanse las SSTs de 17 de octubre de 2011 y de 18 de marzo de 2008.



Cabe la posibilidad de que tanto el proyecto como la ejecución de la obra sea encomendado al contratista. Para ello es necesario que se justifique debidamente (615) pues resulta especialmente interesante recordar que la previsión general es que para la licitación de una obra se ha de redactar previamente un proyecto al que las obras deben de ajustarse, yendo separados por tanto la contratación de la redacción del proyecto y la contratación de la ejecución de las obras, teniendo este supuesto de contratación conjunta de elaboración del proyecto y ejecución de las obras carácter excepcional (616), debiendo ser por tanto, como toda excepción, objeto de interpretación restrictiva. Dicha justificación deberá fundamentarse en motivos de orden técnico que obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras, o que se trate de obras con dimensión excepcional o dificultad técnica singular que requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas. En estos casos, como ya se ha señalado en el párrafo anterior, el expediente deberá contar con un documento previo que consistirá en la elaboración de un anteproyecto o documento similar, pudiendo limitarse la actuación de la Administración a redactar las bases técnicas solamente cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público.

No debe confundirse esta modalidad excepcional de contratación conjunta de la elaboración del proyecto y de la ejecución de las obras correspondientes con aquella otra posibilidad, igualmente excepcional, de adjudicación a un mismo contratista de la dirección de la ejecución de las obras (617) y del correspondiente contrato de obra, prevista en el artículo 70 de la LCSP (618). La primera obedece a las consideraciones de índole más bien técnica mientras que la segunda responde a la inquietud que produce el potencial riesgo de menoscabo del rigor y de la eficacia de las funciones de dirección cuando ésta se adjudica al mismo empresario. En definitiva, ni el distinto objeto o distintas prestaciones que se añan a la de ejecución de la obra en una y otra posibilidad, ni la diversa naturaleza de las razones que

(615) Véase STS de 17 octubre 2011.

(616) Véase STS de 9 de abril de 2008.

(617) Véase Informe JCCA número 27/2011, de 15 de diciembre, sobre la interpretación del artículo 279.4 de la LCSP, actual artículo 303.4 del TRLCSP, señala que, de acuerdo con los criterios del artículo 3 del Código Civil, debe partir del tenor literal del mismo, que establece que el contrato tendrá la duración igual a la del contrato de obras al que están vinculados más el plazo estimado para proceder a la liquidación de las obras. En este sentido, de acuerdo con esta redacción, para el cómputo de dicho plazo debe tenerse en cuenta la suma de los dos plazos especificados: la duración del contrato de obras y, por otro, el plazo estimado para proceder a la liquidación. El primero vendrá determinado en el pliego del correspondiente contrato, concluyendo, en su caso, con la realización de la obra que constituye su objeto a satisfacción de la Administración, para lo cual está previsto la celebración del acta de recepción de las obras, no formando parte del mismo el período de garantía, según ha quedado expuesto. Por su parte, a este plazo deberá sumarse al plazo estimado para la liquidación de las obras, dentro de los plazos legalmente fijados y atendiendo a la entidad de las obras objeto del contrato, tareas que de acuerdo con los preceptos anteriormente citados se inician a la conclusión del período de garantía.

(618) Véase la STS de 17 octubre de 2011.

pueden ser aptas, adecuadas, para justificar una y otra de esas dos posibilidades excepcionales, ni, sobre todo, la percepción de que el potencial riesgo que se quiere evitar al separar las funciones de dirección subsiste también cuando se contrata conjuntamente la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras, obliga ni a desechar dichas posibilidades ni a concluir su licitud, sino que en la fase interna del contrato deberá analizarse caso a caso la procedencia y riesgos que entraña su admisión.

– En contra de lo que es la regla general instaurada por la LCSP (619) en relación a que los contratos se han de articular en lotes, en los contratos de obra se han de referir a una obra completa, entendiéndose por ésta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra, salvo que se puedan excepcionalmente contratar obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que éstas sean susceptibles de utilización independiente, en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas y preceda autorización administrativa del órgano de contratación que funde la conveniencia de la referida contratación.

– En cuanto a la clasificación de las obras, el artículo 232 de la LCSP reitera el contenido del artículo 122 del TRLCSP con la única novedad de incluir las obras de rehabilitación y restauración (620) en el primer grupo de clasificación junto con las obras de primer establecimiento, reforma, o gran reparación, en lugar del segundo grupo en que se comprendían con anterioridad en unión de las obras de reparación simple.

A pesar de la mencionada novedad, se sigue manteniendo la principal consecuencia ya que el órgano de contratación podrá calificar, en la fase interna del contrato, las obras en lugar de como obras de reforma como

(619) Artículo 99.3 de la LCSP.

(620) En la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la principal novedad consistió en introducir (art. 106) y después en el TRLCSP (art. 122), dos nuevos grupos de obras. A tenor de estas normas hay una parte troncal coincidente entre todas ellas que clasifica las obras, por su objeto y naturaleza, en obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación, de reparación simple, de conservación y mantenimiento y de demolición, pero en la Ley 30/2007 se introdujo, por vez primera, la separación de las obras de reforma, como categorías con identidad propia, de las obras de restauración y de rehabilitación, creando, en consecuencia, dos nuevos grupos de obras con sustantividad propia. La introducción de estas nuevas categorías de obras se produjo, a juicio de los autores de esta obra, de modo sorpresivo en sede parlamentaria, porque no estaban contempladas en las redacciones del anteproyecto ni del proyecto de ley de la Ley 30/2007 (Informe emitido por la Ponencia sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 8 de junio de 2007, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, número 95-23, en el que se introdujeron, sin más razonamiento de fondo, en el artículo 106 del proyecto los apartados 5 bis y 5 ter. La única referencia existente con anterioridad, era la contemplada para las obras de «*restauraciones corrientes*», que no así para las de rehabilitación, en el Anexo I sobre Lista de Actividades contempladas en la letra b) del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CEE, Sección F Construcción, División 45, Descripción Construcción, Notas, cuando señala que esta división comprende «*las construcciones nuevas, obras de restauración y reparaciones corrientes*» (el subrayado es de los autores de esta obra).

obras de restauración u obras de rehabilitación pues ello le permitiría diseñar dicha fase interna con vistas a incorporar al expediente de contratación un proyecto técnico simplificado cualquiera que fuera el valor estimado del contrato, a tenor del artículo 233.2 de la LCSP.

– En cuanto al valor estimado, habrá que realizar tanto el cálculo del propio trabajo de construcción o demolición que se vaya a desarrollar, como el cálculo, en su caso, de los suministros necesarios para su ejecución que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación.

– Por lo que se refiere al contrato de obra en su versión habitual, es decir aquella en la que el proyecto (621) es realizado por el órgano de contratación o por un tercero (622) a través de la celebración de un contrato de servicios (623), el contenido mínimo de los pliegos de cláusulas

(621) El proyecto ordinario deberá contener los siguientes documentos cuya regulación se sigue rigiendo por lo previsto en el RGTRLCAP en aquello que no sea contrario a la LCSP (art. 233.1):

– Una Memoria en la que se describa el objeto de las obras, que recogerá los antecedentes y situación previa a las mismas, las necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada, detallándose los factores de todo orden a tener en cuenta.

– Los Planos de Estudio y de Detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución.

– El Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que esta se llevará a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista, y la manera en que se llevará a cabo la medición de las unidades ejecutadas y el control de calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución.

– Un Presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración. El presupuesto se ordenará por obras elementales, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

– Un Programa de Desarrollo de los Trabajos o Plan de Obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste.

– Las Referencias de todo tipo en que se fundamentará el replanteo de la obra.

– El Estudio de Seguridad y Salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras.

– Estudio Geotécnico de los Terrenos (salvo que ello resulte incompatible con la naturaleza de la obra).

– Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario.

Como ya se ha señalado en esta obra en el epígrafe correspondiente a la «*Tipología y régimen jurídico contractual*», La principal consecuencia que aportará la existencia de los dos nuevos grupos de obras, de restauración y de rehabilitación, vendrá marcada, como se analizará cuando se examinen más adelante las competencias de las Juntas de Contratación, porque el órgano de contratación podrá calificar, en la fase interna del contrato, las obras en lugar de como obras de reforma como obras de restauración u obras de rehabilitación pues ello le permitiría diseñar dicha fase interna con vistas a incorporar al expediente de contratación un proyecto técnico simplificado cualquiera que fuera el valor estimado del contrato.

(622) El artículo 4.1 del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, establece que «*Cuando en aplicación de la normativa sobre Contratación Pública, alguno de los trabajos previstos en el artículo 2 sea objeto de informe de la oficina de supervisión de proyectos, u órgano equivalente, de la Administración Pública competente, no será necesaria la previa obtención del visado colegial. Dicho informe bastará a efectos del cumplimiento de la obligación de obtención del visado colegial.*»

(623) Puede también existir la posibilidad absolutamente excepcional de que el proyecto puede tener una relevancia singular que por razones arquitectónicas o de ingeniería justifique que un Jurado «*ad hoc*» intervenga en la selección de los técnicos a quienes se va a encargar el trabajo mediante un concurso. Véase, en relación a este sistema, lo señalado en los artículos 181 a 187 de la LCSP.



administrativas particulares y de prescripciones técnicas se encuentra establecido, respectivamente, en los artículos 67 y 68 apartados 1 y 2 del RGTRLCAP, si bien hay que tener muy presente que buena parte de éstas últimas serán consecuencia del mencionado proyecto técnico, que ha de pasar, como ya se ha señalado en esta obra (624), por las fases de elaboración y redacción, de supervisión, de aprobación y de replanteo por el órgano de contratación, a tenor de lo previsto en el artículo 231.1 de la LCSP.

2. *Contrato de concesión de obras*

Respecto a este contrato, lo más característico en la fase interna radicará en el análisis de los riesgos, los propios de la construcción, los derivados de la eventual indisponibilidad de la infraestructura, y los de la demanda bien en función de la proyección de usuarios que se prevé que van utilizar la infraestructura bien valorando la posible competencia de terceros que pudieran surgir a lo largo de la vida de la concesión, que habrán de valorarse en el correspondiente estudio de viabilidad que es vital no solo para identificar la finalidad y justificación de la obra y definir sus características esenciales, sino, sobre todo, para valorar la rentabilidad de la inversión a realizar. Dentro del mismo, será esencial definir la fisonomía relacional tripolar de este tipo de contratos.

Otro aspecto a tener muy en cuenta es que, a diferencia del contrato de obra en el que solo contempla el gasto público de las infraestructuras en la fecha de su recepción, el objeto del contrato de concesión de obras tiene, por su propia naturaleza, se preocupa del gasto público que será necesario invertir durante la vida útil de la infraestructura, es decir, puede tener un alcance más extenso que el de comprender solamente la construcción originaria pues supondrá una externalización de los riesgos que pueda comportar la conservación de una infraestructura pública en buen y adecuado uso y funcionamiento.

3. *Contrato de concesión de servicios*

Por lo que se refiere a este contrato, conviene recordar que en la fase interna resulta capital la identificación de las siguientes circunstancias:

(624) Cuarta Parte: Normas aplicables a la contratación de una Administración Pública-Poder Adjudicador; 2. Tipología y régimen jurídico contractual; a. Contratos administrativos; b. Contratos administrativos «*típicos*».

– El riesgo operacional que asumirá el contratista. De este modo, a tenor de la citada Directiva 2014/23/UE se estará ante un contrato de concesión de servicios, mientras que, en caso contrario, se tratará de un contrato de servicios.

– En relación a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y PPTS, dentro de las actuaciones preparatorias del contrato, el artículo 285 de la LCSP dispone que deberán contener, al menos, la siguiente información adicional a la que se establecía en el artículo 133 del TRLCSP:

- Definirán el objeto del contrato, debiendo prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, sin merma de la eficacia de la prestación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99.3 de la LCSP, con la finalidad de promover la libre concurrencia.

- Regularán también la distribución de riesgos entre el poder adjudicador y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

- Definirán los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores o, en su caso a los cesionarios del contrato (625), pudiendo fijarse distintos requisitos en función de las sucesivas fases de ejecución del contrato que podrán acreditarse con anterioridad al inicio de cada una de ellas las fases (626).

- Preverán la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 214, y los criterios para determinar cuando la cesión de las participaciones en la sociedad concesionaria de propósito específico deberá considerarse tal por suponer un efectivo cambio de control en la misma.

- Requerirán previamente, en todo caso, la realización y aprobación de un estudio de viabilidad o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el TFUE y tendrá carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto, y, cuando la concesión comprenda la ejecución de obras, la elaboración y aprobación administrativa del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización y, además, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras.

(625) Artículo 214.2.c) de la LCSP.

(626) Artículo 86.3 de la LCSP. Si no se acredita, se resolverá el contrato por causas imputables al empresario, a tenor del artículo 211.1.h).



4. *Contrato de suministro*

Las especificidades que poseerá este contrato, a tenor del artículo 299 de la LCSP respecto de lo que se establecía en el artículo 291.1 del TRLCSP y respecto a la aplicación de normas y usos vigentes en comercio internacional, que, aunque a los contratos de fabricación se le continuarán aplicando directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin embargo añade que se acomodarán a las relativas al contrato de suministro en lo relativo, ya no solo a su publicidad, sino al procedimiento de adjudicación que resulte aplicable.

5. *Contrato de servicios*

Por su parte, este contrato presenta en la fase interna las siguientes circunstancias que habrán de ser tenidas en cuenta por el órgano de contratación:

– El artículo 17 de la LCSP suprime respecto del artículo 10 del TRLCSP la distinción que a efectos de publicidad comunitaria se realizaba en el Anexo II del TRLCSP entre servicios prioritarios, categorías 1 a 16, y no prioritarios, categorías 17 a 27, e introduce un nuevo Anexo IV relativo a servicios especiales.

– De acuerdo con lo señalado, a juicio de los autores de esta obra, el Anexo IV resultará aplicable, según los casos, tanto a la figura del contrato de concesión de servicios como de servicios.

En ambos casos, en los pliegos deberán tenerse presentes estas cuestiones:

- El régimen jurídico aplicable que resulte comprensivo de la actividad que queda asumida por la Administración, del alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y de los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

- De las obligaciones del adjudicatario, fundamentalmente, en relación a la prestación del servicio y al cuidado del buen orden del mismo, sin perjuicio de que la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

– Las causas específicas de resolución contractual que, aparte de las generales predicables de cualquier contrato, serán las relativas al rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de



interés público [art. 294.c)], a la supresión del servicio por razones de interés público [art. 294.d)], y al secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el artículo 263.3, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones [art. 294.f)].

c) PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS

1. *Concepto y naturaleza jurídica*

Dentro de la fase interna del contrato, que como ya se ha señalado se documenta en el expediente de contratación, el núcleo fundamental viene protagonizado por los pliegos de cláusulas administrativas (627) porque en ellos se plasma la «auténtica Ley del contrato» (628). En relación a ello, es preciso insistir en que el órgano de contratación es libre, en el momento de elaborar los pliegos, de darle el contenido que considere oportuno siempre que no sea contrario a la ley, pero, una vez los mismos han sido aprobados y se ha publicado la convocatoria de la licitación, le vincula de modo que no podrá incluir modificaciones en el mismo que puedan perjudicar a algunos de los licitadores, pues ello sería contrario a los principios de igualdad y de seguridad que han de regir el desarrollo de las licitaciones (629).

Si bien es cierto que la jurisprudencia (630) aunque no se cansa de repetir que tales pliegos son la «Ley del contrato», expresión por cierto un tanto metafórica, sin embargo ello, como es natural, no puede entenderse sino en el sentido de que su poder regulador de la relación contractual está en todo momento supeditado al respeto de las reglas emanadas de las normas de rango superior, en las que ocupan la primacía las establecidas con rango de Ley. Esta subordinación de los pliegos al ordenamiento jurídico determina, por un lado, la imposibilidad de establecer en ellos limitaciones o restricciones en materia de contratación que no tengan suficiente base normativa (631), y, por otro, que si los mismos no contemplan alguna de las prescripciones previstas en la LCSP éstas dejen de aplicar-

(627) Documento Descriptivo (art. 174.1 de la LCSP, en relación a la subsección 5.ª, de la Sección 2.ª, del Capítulo I, del Título I, del Libro II) en el procedimiento de Diálogo Competitivo (véase Recomendación JCCA, de 23 de julio de 2009), y documento de licitación en los contratos basados en acuerdos marco invitando a una nueva licitación a las empresas parte del mismo (art. 219.4 y 5 de la LCSP).

(628) Informes JCCA números 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 29/2000, de 30 de octubre, y 35/2004, de 8 de julio.

(629) Véanse las Resoluciones del TACRC números 122/2012, de 23 de mayo, y 2/2011, de 19 de enero.

(630) SSTs 21 de diciembre de 1988, 25 de julio de 1989, de 26 de septiembre de 1989, 20 de diciembre de 1995, de 9 de marzo de 1999, y de 20 de abril de 1999.

(631) Véase STS de 25 de noviembre de 2003.



se (632). Prueba de ello es que el artículo 34 de la LCSP señala que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios, entre otras causas, al ordenamiento jurídico (633).

Lo señalado ha de apreciarse siempre con la salvedad de que los pliegos hayan sido recurridos antes de presentar la oferta o solicitud de participación pues, si se hace de modo inverso, el último párrafo del artículo 50.1 de la LCSP dispone que «*Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho*» (634), y que no incurran en un supuesto de nulidad de pleno derecho (635).

Respecto a las aclaraciones que los licitadores podrían solicitar al órgano de contratación respecto del contenido de los pliegos y al carácter vinculante de las mismas, es preciso tener en cuenta lo siguiente (636):

- Resulta necesario que en los pliegos se prevea expresamente dicha posibilidad, a tenor de lo previsto en el artículo 250.2 de la LCSP.
- Sería preciso que para hacer conciliable lo señalado en el párrafo anterior con el principio de transparencia, que a dichas aclaraciones se les hubiera dado publicidad en el perfil de contratante del órgano de contratación (637) ya que en éste, a tenor del artículo 63.2 de la LCSP, se incluirá la información particular relativa a los contratos que celebre.

2. Contenido

Para completar la fase interna del contrato, instruyendo la confección del expediente de contratación, podrán utilizarse pliegos de cláusulas administrativas generales o pliegos de cláusulas administrativas particula-

(632) Véase la Resolución del TACRC número 4/2011, de 19 de enero.

(633) En este sentido, véanse la «*Guía sobre Contratación Pública y Competencia*» <http://contratodeobras.com/images/Guia-sobre-contratacion-publica-y-competencia.pdf>, y la Resolución del TACRC número 4/2011, de 19 de enero.

(634) A su través se incorpora a la LCSP la doctrina discutida en la Resolución del TACRC número 158/2012, de 30 de julio, y fijada, entre otras, en la STSJ de la Comunidad de Madrid de 24 de octubre de 2012.

(635) Véanse la Resolución del TACRC número 172/2011, de 29 de junio, en la que se mencionan las SSTs de 25 de septiembre de 2000, de 9 de diciembre de 2004, de 8 de julio de 2005, y de 26 de diciembre de 2007.

(636) Véase la Resolución del TACRC número 191/2012, 12 de septiembre.

(637) Véase la Resolución del TACRC número 191/2012, 12 de septiembre.



res (638), para un objeto contractual contemplado dentro de un tipo contractual («tipo») (639) o para un contrato concreto (640), con el contenido y reglas de aprobación a las que a continuación se va a hacer referencia.

En cualquier caso, han de ser aprobadas por el órgano de contratación previa o conjuntamente a la autorización del gasto (641) y siempre antes de la fase externa del contrato (licitación y adjudicación) (642).

Su contenido vendrá determinado por las normas generales aplicables a la contratación del Sector Público, es decir, por la justificación de la necesidad e idoneidad del contrato, por los requisitos de capacidad y aptitud para contratar con el Sector Público –capacidad de obrar, solvencia y, en su caso, clasificación del contratista, ausencia de prohibiciones para contratar–, por la definición del objeto del contrato (643), por el cálculo del valor estimado, por la duración, por las garantías que, en su caso, se decida motivadamente exigir, por la fijación de los criterios objetivos de adjudicación, por la inclusión de importe máximo de los gastos de publicidad que debe abonar el adjudicatario (644), y la concreción del procedimiento de adjudicación que resultará aplicable al contrato. Asimismo, deberán contener los documentos a presentar por los licitadores, así como la forma

(638) Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales para un determinado tipo de contrato (por ejemplo, para contratos de obras). Véanse Informes JCCA números 5/1992, de 27 de febrero, 13/1993, de 25 de octubre, y 71/1999, de 11 de abril de 2000.

(639) Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares «tipo», aplicables para un objeto contractual contemplado dentro de un tipo contractual (por ejemplo dentro del contrato de obras para las obra que tengan por objeto las construcciones de cubiertas). Si alguna de sus cláusulas se separa de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales aplicables, deberá ser informado con carácter previo por la JCCPE (art. 122.6 de la LCSP).

(640) Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a un contrato concreto, que habrán de someterse a la aprobación del Servicio Jurídico correspondiente, salvo que se ajuste a alguno de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales. Del mismo modo, si los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares se separan de lo previsto en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares «tipo», también deberá aprobarse por el Servicio Jurídico. Por el contrario, si incluye alguna cláusula que se oponga a lo previsto en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales, con carácter previo, deberá ser informado por la JCCPE (art. 122.6 de la LCSP).

(641) Debería hablarse mejor de «aprobación del gasto» de acuerdo con lo previsto en el artículo 117.1 de la LCSP y de lo señalado en la LGP que en su artículo 73, en la que se regulan las fases del procedimiento de la gestión de los gastos del Presupuesto de gastos del Estado y de sus organismos autónomos y de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social (aprobación del gasto, compromiso de gasto, reconocimiento de la obligación, ordenación del pago, y pago material), señalando que la aprobación es «el acto mediante el cual se autoriza la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada, reservando a tal fin la totalidad o parte de un crédito presupuestario».

(642) Artículo 122.1 de la LCSP.

(643) Véase la Resolución del TACRC número 221/2012, de 11 de octubre.

(644) Artículo 67.2.g) del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra, continúa vigente en tanto no se opone a lo previsto en la LCSP. En este sentido, en la Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se reitera que habrá que incluir el importe máximo de los gastos de publicidad que debe abonar el adjudicatario.

y contenido de las proposiciones (645), lo que a «*sensu contrario*» supone que en los PPTS habrá que tratar que no se contengan declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas (646).

3. *Pliegos de cláusulas administrativas generales*

El artículo 121 de la LCSP recoge lo que el artículo 114 del TRLCSP señalaba respecto de los contratos de un determinado tipo que se celebren por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades que gocen de la condición de Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal. Se aprobarán por el Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados, a propuesta del Ministro de Hacienda y Función Pública, y previo dictamen del Consejo de Estado.

Las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local podrán aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, si lo hubiera.

4. *Pliegos de cláusulas administrativas particulares*

El artículo 122 de la LCSP reproduce el tenor literal del artículo 115 del TRLCSP en cuanto que su aprobación corresponderá al órgano de contratación, que los contratos se ajustarán a su contenido cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos, que podrá, asimismo, aprobar modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga, que, en caso de que se propongan estipulaciones contrarias a lo previsto en un pliego de cláusulas administrativas generales, debería someterse a informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, y que, en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, su aprobación requerirá el informe previo del Servicio Jurídico respectivo, salvo que los pliegos se ajustaran a un modelo que previamente hubiera sido sometido a dicho informe.

(645) Artículo 67.2.h) del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra, continua vigente en tanto no se opone a lo previsto en la LCSP.

(646) Artículo 68.3 del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra, continua vigente en tanto no se opone a lo previsto en la LCSP.



Sin embargo, introduce las siguientes novedades:

1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares no podrán modificarse con posterioridad a la aprobación del expediente de contratación, salvo que se deba a un error material, de hecho o aritmético (647). En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

2. Se incluirán:

– Los criterios de solvencia y adjudicación del contrato.
– Las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan.

– La previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1.

– La obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.

– La transferencia, en su caso, de derechos de propiedad intelectual o industrial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 308 de la LCSP respecto de los contratos de servicios.

– Las penalidades para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma, en especial cuando se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación (648).

– Las características de la prestación, que se configuran como obligaciones contractuales esenciales y que, como tales, pueden dar lugar a la resolución del contrato a tenor del artículo 211.1.f) de la LCSP.

– La información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo (649) y sobre las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (650) que podrían desencadenar la imposición de penalidades a tenor del artículo 192 de la LCSP, y, en su caso, ulteriormente la resolución del contrato.

El pliego de cláusulas administrativas particulares, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 del ET, siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista-

(647) Artículo 109.2 de la LPACAP.

(648) Artículo 190.1 de la LCSP.

(649) Artículo 130 de la LCSP. Véase Resolución del TACRC número 861/2017, de 3 de octubre, sobre subrogación voluntaria de trabajadores que no puede imponerse a posteriores licitadores.

(650) Artículo 201 de la LCSP.



ta, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos (651).

5. Reglas interpretativas

Sobre este particular, no se puede olvidar que los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la LCSP, en las normas de derecho administrativo (652), y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, cuyo artículo 1.288 exige que tal interpretación se haga en el sentido más favorable para cualquiera de los licitadores, puesto que es necesario respetar el principio de concurrencia, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien la ha ocasionado (653).

En este sentido es menester recordar, en primer lugar, que, de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «*pacta sunt servanda*» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del «*non licet*» contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas (654). El artículo 1.282, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato (655).

A la hora de desplegar el conjunto de principios que regulan la interpretación de los contratos, es preciso tener en cuenta las siguientes premisas:

1. El primer inciso del artículo 139.1 de la LCSP dispone que las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el

(651) Artículo 130.6 de la LCSP.

(652) Sobre la aplicación de la LPACAP véase Informe JCCA número 2/2010, de 23 de julio.

(653) SSTS de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en las de 2 noviembre de 1976, 11 octubre y 10 noviembre de 1977, 6 febrero y 22 junio de 1979 y 13 abril y 30 mayo de 1981.

(654) SSTS de 19 marzo de 2001, de 8 junio de 1984 o de 13 mayo de 1982.

(655) STS de 8 de julio de 2009.



empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (656).

2. El contrato, que se perfecciona con su formalización o con su adjudicación en el caso de los contratos basados en un acuerdo marco y de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición que se perfeccionan con su adjudicación (657), no puede contradecir lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas. En este sentido, el artículo 153.1, párrafo primero inciso final de la LCSP señala que «*En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación*». Por ello, si se produce alguna duda interpretativa, la misma debe ser resuelta a favor de lo señalado en el pliego.

3. En el caso de que pudiera existir alguna contradicción entre lo señalado en los pliegos y lo recogido en el anuncio de licitación (658), ha de ser resuelta, como regla general, a favor de lo previsto en los pliegos (659).

Ahora bien, pudiera ocurrir que se hubiera cometido algún error a la hora de fijar algún plazo en el anuncio de licitación y el mismo resultara contradictorio con lo previsto en los pliegos: En tal supuesto, con base en los principios de publicidad y seguridad jurídica, así como los de transparencia y concurrencia pública, debería aplicarse el plazo más amplio, a pesar de aceptar el principio de que las cláusulas del pliego son ley del contrato (660).

4. En caso de que las proposiciones de los licitadores no se presentasen de acuerdo con lo señalado en los pliegos, en principio, las mismas habrán de ser rechazadas (661).

En relación a dicho asunto es preciso realizar una interpretación conjunta de los artículos 84 y 81.2 del RGTRLCAP, que a juicio de los autores de esta obra continúan vigentes en tanto no se ponga a lo previsto en la LCSP. En este punto interesa indicar que, aunque existe una tendencia generalizada hacia la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación (662), sin embargo hay que señalar

(656) Véase Informe JCCA número 41/2006, de 30 de octubre.

(657) Artículo 36.3 de la LCSP.

(658) Véase Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón número 107/2015, de 16 de diciembre, sobre la naturaleza de los anuncios de licitación.

(659) Véase Informe JCCA número 25/1987, de 22 de diciembre.

(660) Véanse STSJ de Navarra de 22 de abril de 2005, y Resolución del TACRC número 160/2012, de 30 de julio.

(661) Informes JCCA 45/2006, de 30 de octubre, 51/2006, de 11 de diciembre, y 20/2007, de 26 de marzo.

(662) Véanse los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid números 4/2007, de 31 de mayo, y 3/2008, de 30 mayo, de la JCCA números 23/2008, de 29 de septiembre, y 30/2008, de 2 de diciembre, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón número 4/2011 de 14 de abril, y la Resolución del TACRC número 64 /2012, de 7 de marzo.



que dicha posibilidad se dirige exclusivamente para la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refiere el artículo 140 de la LCSP (663). Ello quiere decir que no se podrán subsanar defectos o errores que afecten a la oferta o proposición presentada por los licitadores (664) ya que ello contravendría lo establecido en la LCSP y en el RGTRLCAP respecto de las proposiciones de los interesados, y sería contrario a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos que deben regir toda licitación pública (665).

6. *Costes de publicación*

Los medios de publicación de los diferentes trámites procedimentales, fundamentalmente anuncios de licitación y formalización de los contratos, han de ser publicados en los diferentes diarios y boletines oficiales y en el perfil de contratante con enlace a la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Respecto del citado asunto, como ya se ha señalado, en los pliegos de cláusulas administrativas ha de constar la inclusión del importe máximo de dichos gastos que debe abonar el adjudicatario (666), que se corresponderán con los que deberán liquidarse a efectos de publicidad interna, es decir, con las tasas que se abonarán a los diferentes diarios y boletines oficiales existentes dentro del territorio nacional, ya que el acceso al DOUE no tiene coste alguno.

Por lo que se refiere a la publicidad individual interna en el Boletín Oficial del Estado o en los diferentes diarios y boletines oficiales, es preciso puntualizar los casos en los que la misma estará o no sujeta al abono de las correspondientes tasas. En este sentido, hay que recordar, por un lado, que estarán exentos del pago de la tasa los anuncios oficiales, cualquiera que sea el solicitante de la inserción, cuando la misma resulta obligatoria de acuerdo con una norma legal o reglamentaria, así como los edictos y anuncios de Juzgados y Tribunales cuando la inserción sea ordenada de oficio, en tanto que, por otro, la exención no será aplicable a los anuncios

(663) Véanse las Resoluciones del TACRC números 16/2010, de 1 de diciembre, y 171/2011 y 174/2011, de 29 de junio.

(664) Véanse las Resoluciones del TACRC números 90/2012 y 91/2012, de 11 de abril.

(665) Véase la Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero.

(666) Artículo 67.2.g) del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra, continua vigente en tanto no se opone a lo previsto en la LCSP. En este sentido, en la Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se reitera que habrá que incluir el importe máximo de los gastos de publicidad que debe abonar el adjudicatario.



publicados a instancia de los particulares ni a aquellos otros cuyo importe, según las disposiciones aplicables, sea repercutible a los particulares (667). Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, solamente resultará exigible el pago de la correspondiente tasa cuando, en los anuncios que deban insertarse obligatoriamente, su coste sea repercutible al adjudicatario de acuerdo con las normas de contratación del sector público.

A tal efecto el artículo 75 del RGTRLCAP dispone que, como excepción a la regla de gratuidad señalada y salvo que otra cosa se indique en el pliego de cláusulas administrativas particulares, únicamente será de cuenta del adjudicatario del contrato la publicación, por una sola vez, de los anuncios de licitación. Sobre este particular, a juicio de los autores de esta obra, cabría mencionar que, en ningún caso, sería trasladable al licitador el coste de la publicidad en el caso de los contratos cuya adjudicación se hubiera llevado a cabo a través de un procedimiento abierto simplificado pues el artículo 159.2 de la LCSP establece que la misma se deberá realizar únicamente en el perfil de contratante del órgano de contratación.

Ante esta situación cabría preguntarse si, fuera de los casos de los anuncios de licitación con la excepción que se acaba de efectuar respecto a los contratos que se adjudiquen por procedimiento abierto simplificado, en el resto de supuestos quedarían exonerados del pago de la correspondiente tasa. Respecto de dicho asunto, cabe señalar que estarán exentos, porque están sujetos a publicidad obligatoria, los siguientes anuncios:

– Los de información previa cuando, excepcionalmente, se hubiese optado por publicarlo en el DOUE y, a tenor del artículo 134.4 de la LCSP, no se hubiese recibido notificación de su publicación a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio por parte de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

– Los de formalización en los casos a que se refiere, en su caso, el artículo 154 de la LCSP.

d) PLIEGOS DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

1. *Introducción*

A juicio de los autores de esta obra, sorprende que algunos órganos de contratación no presten la atención debida a la naturaleza de los PPTS, ya que se suele hacer una mera referencia a la idea genérica de que en dichos

(667) Artículo 15. Dos de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público.



pliegos se han de recoger las características de los bienes o prestaciones a facilitar a una Administración Pública-Poder Adjudicador, y al fomento de la igualdad de trato de los productos y servicios entre proveedores extranjeros y nacionales (668).

Ambas ideas, con ser importantes, no dejan de ser más que una descripción externa de lo que han de ser las especificaciones técnicas del bien o servicio a recibir de un tercero. Sin embargo lo capital, en relación a las prescripciones técnicas, son cuestiones tales como las que a continuación se analizan.

Los PPTS se diferencian de los pliegos de cláusulas administrativas en que, mientras estos últimos se refieren a la fase de admisión de los licitadores, en los primeros se regula la ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato (669). A modo de síntesis, se puede afirmar que los pliegos de cláusulas administrativas contienen todo lo que se refiere a la fase de calificación de las ofertas, mientras que los PPTS regulan la ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato.

Por ello, aunque resulta evidente que el órgano de contratación ha de poner especial cuidado en la redacción de ambos de manera que sean totalmente congruentes entre sí, debe velarse porque queden perfectamente delimitadas las prestaciones que se contemplan como inexcusables (670) de modo que, si no se presentaran en las ofertas, ello haría que los licitadores quedaran excluidos del proceso de contratación (671), de aquellas otras que podrían incorporarse como mejoras a valorar como criterios de adjudicación (672) o como condiciones especiales de ejecución del contrato.

(668) Dicha idea procede del Acuerdo sobre Contratación Pública de 15 de abril de 1994, formulado a raíz de la creación de la Organización Mundial del Comercio (Ronda de Uruguay), al que la Comisión se adhirió por Decisión 94/800/CEE, de 22 de diciembre, que consagró la igualdad de trato de los productos, servicios y proveedores extranjeros con los nacionales, prohibió que ninguna parte aplique a los productos, servicios y proveedores de otra parte normas de origen diferentes de las que se apliquen en las operaciones comerciales normales, por razón de que se trate de un contrato público, y estableció que las especificaciones técnicas no se elaborarán, adoptarán, ni aplicarán con la finalidad de crear obstáculos innecesarios al Comercio Internacional, formulándose en función del uso y empleo del producto y basándose su descripción en normas internacionales reconocidas, o en códigos de construcción. Véase en relación a este asunto la Resolución del TACRC número 229/2012, de 24 de octubre.

(669) Véase STSJ Cantabria 18 de marzo de 1998 y la Resolución del TACRC número 183/2011, de 13 de julio.

(670) Véanse las Resoluciones del TACRC números 167/2011, de 22 de junio, 200/2011, de 7 de septiembre, y 1034/2017, de 10 de noviembre.

(671) Véase TSJ de Galicia de 27 diciembre de 2011, sobre la falta de congruencia entre ambos.

(672) Sobre este asunto resulta interesante analizar el contenido del recurso especial que dio lugar a la Resolución del TACRC número 301/2012, de 21 de diciembre, en el que en un contrato de servicios de vigilancia y seguridad de diversos centros del Instituto Nacional de la Seguridad Social en Murcia, un licitador manifestó que no prestaría determinados servicios contemplados en el PPT (conexión a central de alarmas, servicio de «acuda» y mantenimiento del sistema de videovigilancia) por considerarlos como mejoras objeto de valoración mediante juicio de valor.

En ningún caso deberán incluirse en los PPTS cláusulas propias de los pliegos de cláusulas administrativas que, por tanto, se refieran al conjunto de derechos y obligaciones que asuman las partes en virtud de la celebración del contrato (673), tales como, régimen de pagos, indemnizaciones en caso de incumplimiento o documentación técnica a aportar por las empresas (674). Ahora bien, si ello se produjera, cuestión que es más habitual de lo que sería deseable, se trataría de una irregularidad no invalidante, debiendo considerarse, en principio, como una ampliación de lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas (675).

En relación con el objeto del contrato y las especificaciones técnicas a exigir, surge la extensión que habría que dar a la expresión *«producto original»* que se emplea con bastante habitualidad por parte de los órganos de contratación. Respecto a dicho asunto, la cuestión es fundamental pues pueden encontrarse rebajas importantes en las ofertas económicas a presentar por los licitadores que introduzcan bienes usados. Entendido en un sentido amplio, se puede entender que se trata de un producto elaborado por una empresa en el cual conste la marca correspondiente aunque se utilice para ello piezas usadas, mientras, en sentido estricto, se trataría de un producto que debe ser fabricado por la empresa que fabricó la máquina a la cual va destinado. Para resolver el sentido correcto, a la vista del silencio que específicamente guarda la LCSP como también hacía el TRLCSP, se debe acudir a lo que se señala en los pliegos de cada contrato pues son ellos los que habrán de definir las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato (676). Admitir otra interpretación supondría una contradicción con los principios básicos de la contratación administrativa de libre concurrencia y no discriminación, al colocar en desventaja a unos licitadores respecto de otros, ya que la utilización de bienes usados influye claramente en el coste, lo cual permitiría realizar una oferta más

(673) Así lo prohíbe el artículo 68.3 del RGTRLCAP. En el mismo sentido, en la Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se señala que resulta totalmente inadecuada la incorporación a los PPTS de cláusulas relativas a los criterios de adjudicación, plazo de realización de los servicios, determinación de las prórrogas, causas de resolución del contrato, régimen de pagos, o forma de pago. Véase la Resolución del TACRC número 249/2012, de 7 de noviembre.

(674) Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, establece que *«En los contratos del Programa de Termalismo Social, los pliegos de prescripciones técnicas particulares incluyeron cláusulas propias de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como el régimen de pagos, las indemnizaciones en caso de incumplimiento o la documentación técnica a aportar por las empresas, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 68.3 del RGTRLCAP»*.

(675) Véase la Resolución del TACRC número 130/2011, de 27 de abril.

(676) Artículo 124 de la LCSP en relación con el artículo 68.1 del RGTRLCAP.

baja. De acuerdo con ello, la aceptación de ofertas de bienes que incorporen piezas usadas tiene que estar establecida expresamente en los pliegos. Si éstos guardaran silencio, la presentación de una oferta o proposición por parte de un licitador con bienes usados ocasionaría su exclusión del proceso de contratación (677).

2. *Pliego de prescripciones técnicas generales*

El artículo 123 de la LCSP reproduce la redacción que se efectuaba en el artículo 116.2 del TRLCSP en el sentido de que previo informe de la JJCPE, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente, podrá establecer los pliegos de prescripciones técnicas generales a que hayan de ajustarse la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades que gocen de la condición de Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal.

3. *Pliego de prescripciones técnicas particulares*

Por su parte el artículo 124 de la LCSP prevé la posibilidad, como ya se contemplaba en el artículo 116.1 del TRLCSP, de que los órganos de contratación puedan aprobar con anterioridad a la autorización del gasto (678) o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, añadiendo dos novedades:

- Que podrán establecerse sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la LCSP.
- Que los PPTS solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético (679). En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

(677) Véase la Resolución del TACRC número 155/2011, de 8 de junio.

(678) Debería hablarse mejor de «*aprobación del gasto*» de acuerdo con lo previsto en el artículo 117.1 de la LCSP y de lo señalado en la LGP que en su artículo 73, en la que se regulan las fases del procedimiento de la gestión de los gastos del Presupuesto de gastos del Estado y de sus organismos autónomos y de las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social (aprobación del gasto, compromiso de gasto, reconocimiento de la obligación, ordenación del pago, y pago material), señalando que la aprobación es «*el acto mediante el cual se autoriza la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada, reservando a tal fin la totalidad o parte de un crédito presupuestario*».

(679) Artículo 109.2 de la LPACAP.

4. *Facultad de determinación de la Administración*

Es importante recordar que los PPTS, que se han de plasmar en la fase interna del contrato, suponen el ejercicio de una competencia propia del órgano de contratación a la hora de definir, con el asesoramiento técnico que se estime conveniente, las características que ha reunir el objeto contractual (680). Ello quiere decir que no resultaría de recibo que un determinado licitador que incumpliera, por ejemplo, las características de los bienes a suministrar, se limitara a exponer las características de los artículos que ofertó y a indicar que los mismos deberían de haber sido reconocidos como válidos y, por tanto, debería de haber sido admitida su oferta (681), o que, al no estar en condiciones de suministrar lo solicitado, solicitara y obtuviera de parte del órgano de contratación un plazo de adecuación o adaptación cuando éste no estuviera contemplado en los pliegos (682).

No obstante, deberá motivarse suficientemente aunque la «razonabilidad del criterio técnico» (683) no puede resultar suficiente por sí misma para no respetar los principios contenidos en la LCSP, sino que, en todo caso, se ha de reflejar en los pliegos la expresión «*o equivalente*» (684), como más adelante se analizará.

5. *Acreditación*

Los PPTS resultan exigibles en todos los procedimientos de adjudicación, tanto en los que exigen la correspondiente licitación como en los que no es así.

(680) Véanse las Resoluciones del TACRC números 83/2012, de 30 de marzo, y 1147/2017, de 1 de diciembre.

(681) Véase la Resolución del TACRC número 200/2011, de 7 de septiembre.

(682) Véase la Resolución del TACRC número 193/2012, de 12 de septiembre.

(683) Véase STS de 24 de enero de 2014. En relación al principio de «razonabilidad del criterio técnico», véase la Resolución del TACRC número 107/2011, de 15 de abril, en relación a un contrato celebrado por SASEMAR relativo al suministro de un helicóptero de gran porte destinado al salvamento marítimo y lucha contra la contaminación en el mar.

(684) Véase la Resolución del TACRC número 17/2012, de 18 de enero, en la que se declaró contrario a la LCSP un contrato de suministro, celebrado por el entonces Organismo Autónomo Cría Caballar de las Fuerzas Armadas, para la adquisición de productos fitosanitarios, abonos y semillas para los Centros Militares de Cría Caballar de Écija y Jerez de la Frontera, porque se habían descritos dos de sus lotes por referencia a dos empresas concretas y a las semillas de girasol producidas por las mismas (Semilla Girasol variedad Bósfora: Marca de la empresa SYNGENTA y Semilla Girasol variedad Pizarro: Marca de la empresa ADVANTA del grupo Limagrain), bajo la justificación de su mejor rendimiento y mayor resistencia a las plagas, de la experiencia del técnico, y de no existir exclusividad en su distribución. El Tribunal señaló que el PPTS no respetó los términos del artículo 101.8 de la LCSP (art. 117.8 TRLCSP), puesto que se exige un producto de un fabricante determinado sin incluir la mención «*o equivalente*», lo que supone una infracción del principio de igualdad y no discriminación así como de las reglas de libre concurrencia.

En relación a la inadecuación de exigir al personal integrante del equipo de trabajo experiencia en la utilización de determinado programa de gestión documental «TECHLIB», debiendo admitirse experiencia en herramientas «*equivalentes*», véase la Resolución del TACRC número 900/2014, de 5 de diciembre.



En relación con esta especial naturaleza de los PPTS, resulta preciso recordar que siempre cabe la posibilidad de que el contratista, que no reúna una determinada prescripción técnica, pueda echar mano de la figura de la subcontratación debiendo ser ello perfectamente posible siempre que se cumplan los requisitos previstos en la LCSP (685) y en los pliegos y del contrato (686).

6. *Principio de neutralidad profesional*

Respecto de la concreción de las prescripciones técnicas a definir por los técnicos correspondientes, se ha planteado la pretendida exclusividad de determinados colectivos profesionales (687), que se consideran los únicos destinatarios de algunas normas que realizan referencias genéricas al «*técnico competente*», al «*técnico responsable*» o al «*técnico superior competente*» (688). En relación con dicha cuestión, la doctrina legal se orienta en torno a las siguientes directrices:

– En materia de competencias de los profesionales titulados, la regla general, en función del principio de interdicción de los monopolios competenciales, es la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad frente a la exclusividad y monopolio competencial a favor de determinados títulos, de forma que la reserva en exclusiva a un profesional titulado determinado con exclusión del resto debe interpretarse restrictivamente (689).

– La razón de dicho planteamiento viene motivada porque frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido.

(685) Artículo 215 de la LCSP.

(686) Véanse las Resoluciones del TACRC números 117, 118 y 119/2011, de 27 de abril, 154/2011, de 1 de junio, y 183/2011, de 13 de julio.

(687) Véanse las Resoluciones del TACRC números 84/2011, de 23 de marzo, y 193/2011, de 27 de julio.

(688) Por ejemplo, en el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprobó el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

(689) SSTs de 24 de marzo de 2006, 10 de abril de 2006, 16 de abril de 2007, 16 de octubre de 2007, 7 de abril de 2008, 10 de noviembre de 2008 y de 22 de abril de 2009, y de 20 de febrero del año 2012.



– No se trata de preceptos de atribución de competencias por lo que la determinación de cuál sea el técnico competente ha de efectuarse en atención al proyecto concreto de que se trate, teniendo en cuenta el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión (690).

7. Modo de determinación

Los PPTS pueden ser fijadas por los técnicos de la propia Administración, con una posible colaboración con los operadores a través de las consultas preliminares de mercado, o por un tercero con el que ésta concierne la realización de un contrato de servicios, en cuyo caso se ha de analizar la posible concurrencia de alguna condición especial de compatibilidad a tenor del artículo 70 de la LCSP.

El sistema previsto en la LCSP respecto del régimen de compatibilidad para poder concurrir a un procedimiento de licitación, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

CONDICIONES ESPECIALES DE COMPATIBILIDAD (ARTÍCULO 70)		
PROHIBICIÓN GENERAL		
PARTICIPADO PREVIAMENTE	ESPECIFICACIONES TÉCNICAS O DE LOS DOCUMENTOS PREPARATORIOS DEL CONTRATO	EXCLUSIÓN SI SE FALSEA LA FALTA DE COMPETENCIA
ASESORADO AL OC	DURANTE LA PREPARACIÓN	
EXCEPCIÓN CONDICIONADA	- EXCLUSIÓN (PCAPs) EMPRESAS Y EMPRESAS A ELLAS VINCULADAS SI NO HAY OTRO MEDIO DE GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO	
MEDIDAS PREVIO PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO CON EL LICITADOR O CANDIDATO	- COMUNICACIÓN DEMÁS CANDIDATOS O LICITADORES DE LA INFORMACIÓN INTERCAMBIADA EN EL MARCO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA PREPARACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN O COMO RESULTADO DE ELLA - ESTABLECIMIENTO DE PLAZOS ADECUADOS PARA LA PRESENTACIÓN DE OFERTAS	
	SARA Y CONTRATOS ESPECÍFICOS (SDA): INFORME P. ADJUDICACIÓN (ARTÍCULO 329)	
EXCEPCIÓN ABSOLUTA POR EL OBJETO CONTRACTUAL	- VIGILANCIA, SUPERVISIÓN, CONTROL Y DIRECCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE CUALESQUIERA CONTRATOS - COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD	

Gráfico número 13

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

La figura de las consultas preliminares de mercado (691) ha sido una innovación incorporada por el artículo 115 de la LCSP para los casos en

(690) STS de 15 de octubre de 1990.

(691) Véanse la Resolución del TACRC número 1093/2017, de 17 de noviembre, el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia AM 14/2017, de 26 de octubre, sobre los



los que los órganos de contratación decidan realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo, con la finalidad de planificar correctamente la licitación, incluso durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia, e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento.

El sistema previsto en la LCSP respecto de las consultas preliminares de mercado, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO (ARTÍCULO 115)
ASESORAMIENTO DE TERCEROS (EXPERTOS O AUTORIDADES INDEPENDIENTES, COLEGIOS PROFESIONALES, O EXCEPCIONALMENTE OPERADORES ECONÓMICOS ACTIVOS EN EL MERCADO)
FINALIDADES: ESTUDIOS Y CONSULTAS PARA PREPARAR CORRECTAMENTE LA LICITACIÓN O PARA INFORMAR PLANES Y REQUISITOS LICITAR
PUBLICIDAD ANTES: PERFIL DE CONTRATANTE (OBJETO, MOMENTO DE SU INICIO, DENOMINACIONES DE LOS TERCEROS QUE VAYAN A PARTICIPAR EN LA CONSULTA Y LA MOTIVACIÓN DE SU SELECCIÓN)
CONTENIDO: CARACTERÍSTICAS GENÉRICAS, EXIGENCIAS GENERALES O FÓRMULAS ABSTRACTAS
MOMENTO: - EX ANTE: PLANIFICAR EL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN - DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN
INFORME A INCLUIR EN EL EXP. CONTRATACIÓN: ESTUDIOS REALIZADOS Y SUS AUTORES, ENTIDADES CONSULTADAS, Y CUESTIONES QUE SE LES HAN FORMULADO Y LAS RESPUESTAS A LAS MISMAS
PUBLICIDAD DESPUÉS: COMO PCAPS Y EN TODO CASO PERFIL DEL CONTRATANTE
DEBER CONFIDENCIALIDAD: DURANTE, SOBRE SOLUCIONES PROPUESTAS
COMPATIBILIDAD: PARTICIPACIÓN PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL

Gráfico número 14

(Se resalta en color rojo el título para expresar la extensión de la novedad incorporada por la LCSP)

Para ello podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado, previa publicación en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico del objeto, de los terceros que participarán en la consulta y, en su caso, de los asesores externos que resulten seleccionados para ello.

pliegos que rigen la celebración del Acuerdo Marco para el suministro de vehículos turismos, y la Resolución del TACRC número 1093/2017, de 17 de noviembre.



La participación en la consulta, que generalmente se tendrá en cuenta por el órgano de contratación para la elaboración de los pliegos de cláusulas administrativas o los PPTS, no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite, siempre que se respeten las siguientes reglas:

- Que de las consultas realizadas no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados.
- Que en ningún caso las consultas realizadas puedan comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquellas (692).

Cuando la elaboración se hubiese confiado a un tercero a través de la celebración de un contrato de servicios, es preciso señalar que, a tenor de lo previsto en el artículo 70 de la LCSP, ello pudiera dar lugar a un supuesto de incompatibilidad con la concurrencia a la licitación posterior si pudiera resultar falseada la competencia por la participación de las empresas en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o en el asesoramiento durante la preparación del procedimiento de contratación.

A tal fin, las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, podrán ser excluidas de dichas licitaciones, previo el correspondiente trámite de audiencia, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato, y, en todo caso, respecto de los contratos adjudicados a las mismas que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de los mismos, así como la coordinación en materia de seguridad y salud.

8. *Criterio de accesibilidad universal*

Las especificaciones técnicas se han de formular teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. De accesibilidad universal y de diseño para todos (693):

El artículo 126.3 de la LCSP introduce la novedad respecto de lo que se preveía en el artículo 117 del TRLCSP de que en toda contratación

(692) Véanse las Resoluciones del TACRC números 34/2010, de 23 de diciembre, y 139/2012, de 20 de junio.

(693) De igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tal como son definidos estos términos en Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Véase la Resolución número 144/2011, de 25 de mayo.

que esté destinada a ser utilizada por personas físicas, ya sea el público en general o el personal de la Administración Pública contratante, las prescripciones técnicas se redactarán, salvo en casos debidamente justificados, de manera que se tengan en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas (694). Sin perjuicio de ello, siempre que existan requisitos de accesibilidad obligatorios adoptados por un acto jurídico de la Unión Europea, las especificaciones técnicas deberán ser definidas por referencia a esas normas en lo que respecta a los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

El artículo 125.1.a) y b) de la LCSP prevé que la prescripción o especificación técnica, tanto en contratos de obras como de suministros y servicios, hará referencia, entre otros muchos aspectos, al diseño para todas las necesidades, incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas.

2. De sostenibilidad y protección ambiental (695), siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente (696).

En este sentido, es preciso tener presente que el Consejo de Ministros aprobó el *Plan de Contratación Verde* aplicable a la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (697).

(694) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

(695) Artículo 126.4 de la LCSP. Sobre servicios energéticos, véase el artículo 20 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, convalidado por Resolución de 20 de abril de 2010, del Congreso de los Diputados.

(696) Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

(697) Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. Este Plan, de acuerdo con lo señalado en la revisión realizada en 2006 de la Estrategia de Desarrollo Sostenible adoptada en el Consejo de Gotemburgo de 2001, se planteaba alcanzar el objetivo de la Estrategia de Desarrollo Sostenible antes de 31 de diciembre de 2010, marcando las siguientes materias y plazos:

1. Construcción: Ahorro energético (31 de diciembre de 2010, del 9 por ciento, y a 31 de diciembre de 2016, del 20 por ciento); Ahorro de agua (31 de diciembre de 2010, del 20 por ciento); Mejoras ambientales (Rehabilitación integral inclusión en proyectos de materiales reciclados y reutilizables).

2. Mantenimiento de edificios (31 de diciembre de 2009 mantenimiento preventivo, y a 31 de diciembre de 2008 sistemas de recogida selectiva de residuos).

3. Energía (PAEE en edificios públicos).

4. Transporte (PME): 1 de febrero de 2009 (disminución de la contaminación atmosférica por medio de instalación de filtro de partículas en vehículos diésel), y a 31 de diciembre de 2012 (consumo de un 38 por ciento de biocombustibles). En cuanto a los objetivos específicos, se tendrán en cuenta las peculiaridades de la Defensa Nacional y especialidades propias de sus medios.

5. Equipos de oficina: Etiqueta «*Energy Star*» (31 de diciembre de 2010, ordenadores personales de sobremesa y portátiles, monitores, fotocopiadoras, impresoras y equipos multifuncionales de



Además, conviene recordar que, desde el 18 de septiembre de 2014 (698), los órganos de contratación de una Administración Pública-Poder Adjudicador deberán tener en cuenta, a la hora de establecer las prescripciones técnicas en determinados contratos, los criterios de alto rendimiento energético, en la medida que ello sea coherente con la rentabilidad, la viabilidad económica, la sostenibilidad en un sentido más amplio, la idoneidad técnica.

En contra de lo que parecía lógico, el Legislador aplica una regla uniforme al señalar que los órganos de contratación de una Administración Pública-Poder adjudicador solamente estarían obligados a implementar los criterios de alto rendimiento energético cuando los contratos se encontraran sujetos a regulación armonizada (699). No obstante, a juicio de los autores de esta obra, a la vista del tenor imperativo con el que está redactado el artículo 126.4 de la LCSP, que indica que, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, las prescripciones técnicas se definirán aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, se entiende que la obligatoriedad de la implementación de dichos criterios resulta aplicable a cualquier contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada (700).

impresión; 31 de diciembre de 2015, equipos); Opción de impresión a doble cara y compatibilidad del papel reciclado (31 de diciembre de 2010, fotocopiadoras, impresoras o equipos multifunciones de uso común en oficina, monopuesto o de grupo; 31 de diciembre de 2015, equipos).

6. Consumo papel (Período 2008-2010 estabilización en relación al año 2006 y en el Período 2010-2015 reducción del 20 por ciento).

7. Consumo papel reciclado (31 de octubre de 2010, el 50 por ciento papel reciclado, y a 31 de diciembre de 2015, el 90 por ciento papel reciclado).

8. Publicaciones: Consumo papel (31 de diciembre de 2015, reducción papel en un 40 por ciento respecto al año 2006); Consumo papel reciclado (31 de diciembre de 2010, alcanzar el 50 por ciento, y a 31 de diciembre de 2015, alcanzar el 90 por ciento).

9. Mobiliario (desde vigencia del Plan como criterio de adjudicación a través del proyecto de eco-etiqueta europea y justificación gestión forestal sostenible).

10. Limpieza (31 de diciembre de 2010, 100 por ciento de los productos de papel de origen reciclado; 31 de diciembre de 2015, 100 por ciento de pequeños contenedores de origen reciclado).

11. Eventos: Aumento del uso del transporte público o colectivo, y minimización y correcta gestión de residuos.

(698) Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.

(699) Disposición adicional decimotercera de la mencionada Ley 15/2014.

(700) De acuerdo con el Anexo de la mencionada Ley 15/2014 sobre «*Requisitos de eficiencia energética para la adquisición de bienes, servicios y edificios por las Administraciones Públicas Centrales*», se deberá actuar de la siguiente manera:

– Cuando un producto esté cubierto por un acto delegado (Directiva 2010/30/UE o Directiva por la que se aplica), adquirir solo los productos que cumplan los criterios de pertenencia a la clase de eficiencia energética más alta posible, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una competencia suficiente.

– Cuando un producto no esté cubierto por un acto delegado deberá estarlo por una medida de ejecución adoptada (Directiva 2012/27/UE, con arreglo a la Directiva 2009/125/CEE).

– Han de cumplir para adquirir productos de equipo ofimático los requisitos de eficiencia energética no menos exigentes que los indicados en el anexo C de la Decisión 2006/1005/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea.

– Han de adquirir solo neumáticos que cumplan el criterio de tener, en términos de consumo de carburante, la clase de eficiencia energética más alta (Reglamento (CE) n.º 1222/2009 del Parlamento



9. Marco referencial

En cuanto a la forma de definición de las especificaciones técnicas, y sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales obligatorios compatibles con el Derecho de la Unión Europea, el artículo 126.5 a 8 de la LCSP, aunque sigue en líneas generales de lo que se señalaban en el artículo 117 del TRLCSP, establece que se fijarán en los PPTS por referencia a cualquiera de los siguientes procedimientos:

1. En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo. En este caso, se podrá referir como medio de presunción de conformidad a alguna de las especificadas en el apartado siguiente.

Al aplicar este procedimiento, los órganos de contratación no podrán rechazar una oferta de obras, de suministros o de servicios que se ajusten a una norma nacional que transponga una norma europea, a una evaluación técnica europea (701), a una especificación técnica común, a una norma internacional o a un sistema de referencias técnicas elaborado por un organismo europeo de normalización, si tales especificaciones tienen por objeto los requisitos de rendimiento o exigencias funcionales exigidos por las prescripciones, siempre que en su oferta, el licitador pruebe por cualquier medio adecuado, incluidas las etiquetas (702) y los informes de

Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el etiquetado de los neumáticos en relación con la eficiencia en términos de consumo de carburante y otros parámetros esenciales) o clases más altas de adherencia en superficie mojada o de ruido de rodadura externa, cuando ello esté justificado por razones de seguridad o salud pública.

– Han de exigir en los contratos de servicios que los prestadores utilicen solo productos que cumplan los requisitos indicados en los apartados anteriores al prestar el servicio en cuestión.

– A la hora de adquirir o arrendar edificios de uso administrativo han de cumplir los requisitos mínimos de eficiencia energética (Directiva 2010/31/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo). En tanto no se modifique el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, la calificación exigible será la clase C (se acreditará mediante certificados de eficiencia energética, regulados en el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios) para demanda energética de calefacción y de refrigeración, y el indicador de consumo de energía primaria no renovable.

No resultará de aplicación lo dispuesto en los párrafos precedentes cuando la finalidad de la adquisición o arrendamiento sea la renovación en profundidad o la demolición del edificio, la devolución del edificio al tráfico jurídico, la preservación como edificio protegido oficialmente o como parte de un entorno declarado protegido oficialmente, o por razones de su particular valor arquitectónico o histórico.

(701) El apartado 7 del artículo 126 sigue mencionando el «*documento de idoneidad técnica europeo*» cuando, sin embargo en el apartado 5.b) se ha sustituido dicha expresión por la de las «*evaluaciones técnicas europeas*».

(702) Artículo 127 de la LCSP. Véase Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 256/2017, de 19 de septiembre, sobre utilización como criterio de adjudicación de etiquetas medioambientales en un contrato de suministro de electricidad.



pruebas, certificación y otros medios (703), que la obra, el suministro o el servicio reúne los requisitos establecidos por el órgano de contratación.

2. De acuerdo con el siguiente orden de prelación, para determinadas características y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales mencionados en el apartado anterior, acompañando cada referencia de la mención «o *equivalente*»:

- Especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas.
- Evaluaciones técnicas europeas.
- Especificaciones técnicas comunes.
- Normas internacionales.
- Otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización.
- En defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros.

Cuando el órgano de contratación aplique este procedimiento, no podrá rechazar una oferta basándose en que las obras, los suministros o los servicios ofrecidos no se ajustan a las especificaciones técnicas, siempre que en su oferta el licitador demuestre por cualquier medio adecuado, incluidos los informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba (704), que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos exigidos en las correspondientes prescripciones técnicas.

Salvo que lo justifique el objeto del contrato y se motive en el expediente (705), las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o *equivalente*» (706).

(703) Artículo 128 de la LCSP.

(704) Artículo 128 de la LCSP.

(705) Véase la Resolución del TACRC número 102/2012, de 9 de mayo.

(706) Véanse STJUE de 17 de noviembre de 1993, STS de 28 de enero de 2014, y STSJ de la Comunidad de Madrid de 26 enero de 2011. En la Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero, en relación a un contrato de servicio de gestión de residuos peligrosos, se indica lo siguiente: «*Séptimo. El principio de igualdad en materia de contratación administrativa implica que todos los licitadores han de encontrarse en pie de igualdad de trato tanto en el momento de presentar sus proposiciones como en el momento posterior, de ser valoradas éstas*



La referencia a marcas comerciales, por tanto, ha de ser aplicada de modo restrictivo, debiendo correr el órgano de contratación con la carga de probar que se cumplen las siguientes condiciones acumulativas (707):

- Que el objeto del contrato justifique la referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados.
- Que exista una imposibilidad de dar una descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores.
- Que se haga la indicación de la marca, acompañada de la mención «*o equivalente*».

10. *Etiquetas*

De acuerdo con lo señalado en el epígrafe anterior de esta obra, el sistema de prueba de determinadas especificaciones técnicas por medio este sistema, totalmente novedoso de la LCSP (708), se circunscribe, en exclusiva, al procedimiento de fijación de las mismas en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales.

La LCSP define que se entenderá por etiqueta cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos exigidos por los órganos de contratación como prescripciones técnicas, criterios de adjudicación (709) o condiciones especiales de ejecución del contrato.

Dichas etiquetas, de tipo social o medioambiental, podrán estar relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la

por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así lo dispone el vigente artículo 139 del TRLCSP «Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y se ajustarán al principio de transparencia». En relación al principio de igualdad de trato en los procedimientos de contratación administrativa, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de abril de 2007, asunto Deloitte Business Advisor NV, T-195/05, manifestó que el citado principio exige que no se dispensen tratamientos diferentes ante situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato está justificado objetivamente».

(707) Resolución de 10 de junio de 2008, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos. Véase Informe JCCA número 62/2007, de 26 de mayo de 2008, cuya doctrina se recoge en las Resoluciones del TACRC números 116/2011, de 27 de abril, y 231/2011, de 28 de septiembre.

(708) Artículo 127 de la LCSP.

(709) Véase Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 256/2017, de 19 de septiembre, sobre utilización como criterio de adjudicación de etiquetas medioambientales en un contrato de suministro de electricidad.



igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, pero siempre que cumplan todas las condiciones siguientes:

1. Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se refirieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan dicho objeto.

2. Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se basen en criterios verificables objetivamente y que no resulten discriminatorios.

3. Que las etiquetas se adopten con arreglo a un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes concernidas, tales como organismos gubernamentales, los consumidores, los interlocutores sociales, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones no gubernamentales.

4. Que las etiquetas sean accesibles a todas las partes interesadas.

5. Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero sobre el cual el empresario no pueda ejercer una influencia decisiva.

6. Que las referencias a las etiquetas no restrinjan la innovación.

Cuando una etiqueta cumpla las condiciones 2, 3, 4, y 5 anteriores pero establezca requisitos no vinculados al objeto del contrato, los órganos de contratación no exigirán la etiqueta como tal, pero, en sustitución de ésta, podrán definir las prescripciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas de esa etiqueta o, en su caso, a partes de ésta, que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características del mismo.

No obstante lo señalado, es competencia del órgano de contratación señalar la exigencia de una determinada etiqueta específica o, solamente alguno de los requisitos exigidos para la obtención de una etiqueta. En cualquier caso, aparte de especificarlo en los PPTS, deberán aceptar:

– Todas las etiquetas que verifiquen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos que sean equivalentes a aquellos que son exigidos para la obtención de aquella.

– Otros medios adecuados de prueba, incluidos informes y certificaciones, que demuestren que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida.

La indicación de una etiqueta específica en las prescripciones técnicas en ningún caso exime al órgano de contratación de su obligación de



detallar con claridad en los PPTS las características y requisitos que desea imponer y cuyo cumplimiento la etiqueta específica exigida pretende probar.

La carga de la prueba de la equivalencia recaerá, en todo caso, en el candidato o licitador.

11. *Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba*

El artículo 128 de la LCSP introduce como novedad la posibilidad de que los órganos de contratación puedan exigir a los operadores económicos que proporcionen un informe de pruebas de un «organismo de evaluación de la conformidad» (710) o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato.

Cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados emitidos por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación de la conformidad equivalentes también deberán ser aceptados por aquellos.

Supletoriamente los órganos de contratación deberán aceptar otros medios de prueba adecuados, como un informe técnico del fabricante, cuando el empresario de que se trate no tenga acceso a dichos certificados o informes de pruebas ni la posibilidad de obtenerlos en los plazos fijados, siempre que la falta de acceso no sea por causa imputable al mismo y que éste sirva para demostrar que las obras, suministros o servicios que proporcionará cumplen con las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, según el caso.

e) CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

1. *Planteamiento general*

Como sucedía en el artículo 118 del TRLCSP en el artículo 202 de la LCSP, se establece que en los contratos se podrán establecer determinados extremos como condiciones especiales de ejecución de los mismos,

(710) El párrafo tercer del artículo 128 de la LCSP establece que «A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá por «organismo de evaluación de la conformidad» aquel que desempeña actividades de calibración, ensayo, certificación e inspección, y que están acreditados de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo».



siempre que, añade, estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Dicho lo señalado, cabe resaltar que la verdadera dificultad para el órgano de contratación consistirá en definir si los extremos, que entiendo han de cumplir los licitadores y, en su caso los subcontratistas que participen de la ejecución (711), han de exigirse en los pliegos (712) o en el contrato como criterios de selección, es decir como criterios de solvencia o, en su caso, clasificación, como criterios de adjudicación, o como condiciones especiales de ejecución contractual (713). Por lo tanto, a la hora de afrontar cada caso concreto, el órgano de contratación habrá de recorrer el delicado camino metodológico de modo que le permita llegar a alumbrar la solución más adecuada a la necesidad que pretende satisfacer (714).

Una cuestión que resulta preciso aclarar, es delimitar, en la medida de lo posible, cuándo se estará en sede de dichas condiciones especiales de ejecución y cuándo ante auténticos requisitos de solvencia profesional o técnica. La principal diferencia radicará en que, mientras que éstos últimos actuarán como un requisito de admisión, es decir, como un requisito de carácter eliminatorio, no valorativo, en el sentido de que quienes no cumplan los exigidos en el pliego serán excluidos de la licitación, las mencionadas condiciones especiales de ejecución se materializarán en sede de ejecución del contrato y solamente respecto del contratista. Antes de dicho momento, previamente a dictar el acuerdo de adjudicación será cuando el órgano de contratación haya de exigir al licitador seleccionado con la mejor oferta para que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato (715). Esta diferencia será especialmente relevante a la hora de que la Mesa de Contratación pudiera acordar, en su caso, la subsanación de dicha falta de acreditación del compromiso (716).

(711) Artículo 202.4 de la LCSP. El artículo 217.1 de la LCSP establece la obligación que pende sobre el contratista, cuando el órgano de contratación se lo solicite, de facilitar una relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago, así como justificante del cumplimiento de los plazos de pago una vez terminada la prestación.

(712) Artículos 122.2 y 145.5 de la LCSP. El artículo 166.2 de la LCSP señala que en los pliegos de cláusulas administrativas del procedimiento de licitación con negociación se determinarán los criterios de adjudicación aplicables.

(713) Véase la Resolución del TACRC número 81/2011, de 23 de marzo.

(714) Véase la Resolución del TACRC número 848/2014, de 14 de noviembre.

(715) Véanse las Resoluciones números 130/2011, de 27 de abril, y 16/2012, de 13 de enero.

(716) Véase la Resolución del TACRC número 174/2012, de 8 de agosto.

2. *Obligatoriedad*

El artículo 1.3 de la LCSP introduce la novedad de señalar que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales (717) y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

Ello tiene su corolario en el segundo párrafo del artículo 202.1 cuando dispone, taxativamente, que, en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución (718) a las que se va a hacer referencia en el epígrafe siguiente de esta obra.

En relación a este asunto, es preciso recordar que la disposición adicional cuarta de la LCSP recoge, dentro de las tres posibilidades de contratos reservados, la de que los órganos de contratación puedan establecer un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de ciertos contratos en el marco de programas de empleo protegido. Para ello, los Centros Especiales de Empleo (719) de iniciativa social y a empresas de inserción han de cumplir los requisitos establecidos en la normativa que les resulta aplicable (720), y, además, el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social ha de ser el previsto en la misma y, en todo caso, al menos de un 30 por 100.

3. *Numerus apertus*

El artículo 202 de la LCSP matiza respecto al artículo 118 del TRLCSP, que realizaba una rotulación general de las posibles causas especiales de ejecución, una enumeración no cerrada de su posible objeto material. Efectivamente en el título del citado artículo 202 se refiere a causas de

(717) Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública.

(718) También se recoge en el Exponendo V del Preámbulo de la LCSP cuando señala que «*En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 200.*».

(719) Véase Resolución del TACRC número 538/2016, de 8 de julio, sobre la acreditación de la condición de Centro Especial de Empleo a efectos de los contratos reservados, no es necesario que se refiera a la específica actividad objeto del contrato.

(720) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.



carácter social o relativas al empleo (721), ético, medioambiental (722) o de otro orden, y en el primer párrafo añade las que se basen en consideraciones económicas, relacionadas con la innovación.

4. *Tutela de su cumplimiento*

El posible incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución del contrato podrá ser tratado, en función de lo que así se establezca en los pliegos de cláusulas administrativas, desde tres puntos de vista:

1. Como causa de imposición de penalidades:

El artículo 192.1 de la LCSP establece que los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el supuesto de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al artículo 202.1. En este caso, el citado artículo 192.1 dispone como novedad respecto del artículo 212 del TRLCSP que las cuantías de cada una de las penalidades no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato (723), IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

(721) En el segundo tercer del artículo 202.2 de la LCSP enumera a título ejemplificativo alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del TFUE; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

En relación a estas circunstancias, véase la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. En sentido negativo, véase la Resolución del TACRC número 1058/2017, de 10 de noviembre que estima el recurso especial interpuesto a raíz de la inclusión como condición especial de ejecución de la aplicación de un convenio colectivo estatal.

(722) En el segundo párrafo del artículo 202.2 de la LCSP enumera a título ejemplificativo las que persigan la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

(723) En relación a este aspecto, aunque el TRLCSP se refería en el artículo 212.1 al «presupuesto del contrato», lo más correcto era hablar, como ha hecho finalmente el artículo 192 de la LCSP, de «precio del contrato». Véase Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.



2. Como causa de resolución del contrato si es que esas condiciones fueran consideradas como obligaciones contractuales esenciales:

El artículo 211.f) de la LCSP dispone, con carácter novedoso respecto a lo que se preveía en el artículo 222 del TRLCSP, que para que el mencionado incumplimiento sea considerado causa de resolución contractual es preciso que concurran los dos requisitos siguientes:

– Que las mismas, a tenor del artículo 34.1 de la LCSP) no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

– Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo (724), no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

3. Como causa capaz de desencadenar una prohibición para contratar, en el caso de que el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios (725).

f) MODALIDADES DE TRAMITACIÓN

1. *Ordinaria*

Dentro de la modalidad de tramitación ordinaria se habla de tramitación estándar o normal, cuando se siguen los requisitos de general aplicación previstos en la LCSP, como de tramitación anticipada cuando el órgano de contratación decide comenzar en el ejercicio anterior los trámites de un contrato que ha de ejecutarse en el ejercicio siguiente, de manera que los expedientes de contratación puedan ultimarse, siempre que así se recoja en los pliegos de cláusulas administrativas, llegando incluso a la adjudicación y formalización del correspondiente contrato. A estos efectos el artículo 117.2 de la LCSP, que reitera la misma redacción que se contemplaba en el artículo 110.2 del TRLCSP, podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones públicas, siendo, en caso contrario, nulo de pleno derecho el contrato tramitado por este procedimiento (726).

(724) Véanse Informe JCCA número 53/2008, de 29 de enero de 2009 y Resolución del TACRC número 116/2012, de 16 de mayo.

(725) Artículo 71.2.c) de la LCSP.

(726) Artículo 39.2.b) de la LCSP. Aunque subsiste en la LCSP la omisión que ya se había producido en el TRLCSP respecto del artículo 80.3 y 4 del TRLCAP que señalaba que la tramitación anticipada se encontraría sometida a la condición suspensiva de que existiera crédito adecuado y



2. *Extraordinaria* (727)

En este grupo se engloban las modalidades de tramitación del expediente de contratación por razones de urgencia y de emergencia.

Respecto de la tramitación por urgencia (728), el artículo 119 de la LCSP mantiene la redacción que se efectuaba en el artículo 112 del TRLCSP en cuanto a la naturaleza y especialidades de este procedimiento, pero introduce una profunda reforma en relación a la incidencia que tendrá esta declaración sobre el cronograma de los diferentes procedimientos de adjudicación que se hayan establecido en los pliegos de cláusulas administrativas del contrato.

Como se ha señalado, el citado artículo 119 sigue manteniendo invariables los siguientes aspectos:

1. Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes de contratación cuya celebración responda a una necesidad inaplazable (729) o cuya adjudicación (730) sea preciso acelerar por razones de interés público.

2. Dicha declaración deberá ser motivada (731) y habrá de estar incluida en el expediente de contratación (732).

suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio correspondiente, sin embargo al sancionar con la nulidad la vulneración de las normas presupuestarias, los autores de esta obra entienden que se mantiene la exigencia que se recogía en el mencionado TRLCAP.

(727) Se sigue la denominación que se hacía en el TRLCAP.

(728) Conviene señalar que la prestación de asistencia sanitaria en situaciones de urgencia, recogida ahora en el artículo 131.4 de la LCSP y con anterioridad en la disposición adicional vigésimo cuarta del TRLCSP, no responde a la figura de la tramitación urgente del expediente de contratación sino que más bien se trata de un supuesto especial de contrato menor como se analizará oportunamente en esta obra.

(729) Véase STS de 27 febrero 2008.

(730) A juicio de los autores de esta obra, debería referirse a «*cuya adjudicación o formalización*» sea preciso acelerar por razones de interés público, en congruencia con la modificación introducida en el artículo 36.1 de la LCSP.

(731) Véanse STS de 28 de octubre de 1992, la Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y la Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas, que señala que no resulta suficiente una motivación en los siguientes términos:

– «*El contrato actual finaliza el 31 de octubre de 2011 y a partir de esa fecha quedaría sin efecto la prestación de este servicio esencial para el Departamento.*».

– «*La necesidad de seguir prestando este servicio de forma ininterrumpida.*».

– «*La necesidad de disponer de los productos Oracle antes de la finalización de año. Dado que son productos cuyo valor estimado depende de la evolución tecnológica y de los precios de mercado, no han podido ser determinados anteriormente.*»

(732) No resulta suficiente como justificación la mera referencia formal a la norma legal, el retraso en la ejecución de dichos contratos y justificación en base al cumplimiento de objetivos presupuestarios de gasto, ni la necesidad de anticipar la entrada en funcionamiento de los nuevos Centros asistenciales (Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social).



3. Los expedientes calificados de urgentes tendrán las siguientes especialidades:

– Gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de 5 días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes, salvo que, por su complejidad o por cualquier otra causa igualmente justificada no pueda cumplirse dicho plazo, en cuyo caso el plazo quedará prorrogado hasta 10 días.

– Se reducirán a la mitad los plazos establecidos en esta Ley para la licitación, adjudicación y formalización del contrato, salvo, como se establecía en el artículo 112.2.b) párrafo primero del TRLCSP, el plazo de espera de 15 días hábiles de espera o el que haya establecido una Comunidad Autónoma (podrá incrementarlo sin que exceda de un mes) para proceder a la formalización del contrato previsto en el artículo 153.3 de la LCSP, a contar desde la remisión de la notificación de la adjudicación, si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, o desde la notificación de la misma, si el contrato no se encontrara sujeto a dicho recurso.

No obstante, como ya se ha señalado, el artículo 119 de la LCSP introduce las siguientes novedades en cuanto a la incidencia de la declaración de urgencia sobre la no reducción de plazos que, como ya se ha analizado, es la regla general:

1. Respecto a los plazos de presentación de proposiciones o solicitudes de participación:

– Contratos sujetos a regulación armonizada:

• Procedimiento abierto:

- Contratos de obras, suministros y servicios:

El TRLCSP establecía que, la única posibilidad para reducir los plazos de presentación de proposiciones en un procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada, era que el contrato hubiese sido sometido previamente a anuncio previo (733).

Esta situación se pierde en la LCSP que dispone en el artículo 156.2.b) que el plazo general, no inferior a 35 días para los contratos de obras, suministros y servicios, contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, solamente se podrá reducir porque el mismo resulte impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en cuyo caso el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días contados también desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

(733) Artículo 159.1 párrafo segundo del TRLCSP.



- Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios:

No se aplicará reducción alguna (734).

- Procedimientos restringido:

- Contratos de obras, suministros y servicios:

En este caso, el plazo de presentación de las solicitudes de participación que no podrá ser inferior a 30 días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, solamente se podrá reducir cuando sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en cuyo supuesto el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío del citado anuncio (735).

- Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios:

No se aplicará reducción alguna (736).

- Procedimientos restringido y de licitación con negociación:

- Contratos de obras, suministros y servicios:

En este caso, el plazo general de presentación de proposiciones que no podrá ser inferior a 30 días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita, solamente podrá reducir cuando sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en cuyo supuesto el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a 10 días contados desde la fecha del envío de la citada invitación (737).

- Procedimientos de diálogo competitivo y de asociación para la innovación:

- Contratos de obras, suministros y servicios:

En estos procedimientos de adjudicación, los plazos de presentación de solicitudes de participación no serán en ningún caso objeto de reducción alguna.

- Contratos no sujetos a regulación armonizada:

- Procedimientos de abierto simplificado:

- Contratos de obras, suministros y servicios:

En este supuesto, los plazos previstos en el artículo 159.3 de la LCSP, de 20 días para el contrato de obras y de 15 días para los contratos de

(734) Artículo 119.2.b) párrafo último de la LCSP.

(735) Artículo 161.1 de la LCSP.

(736) Artículo 119.2.b) párrafo último de la LCSP.

(737) Artículo 164.1 de la LCSP.



suministros y servicios, a contar desde el siguiente a la publicación en el perfil de contratante del anuncio de licitación, no serán susceptibles de reducción alguna.

2. En relación al deber de información:

– Acceso a los pliegos y demás documentación complementaria:

El artículo 138.1 de la LCSP dispone que, en general, los órganos de contratación ofrecerán acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados. Además, excepcionalmente, este acceso podrá hacerse, si así se advirtió en los pliegos, por medios no electrónicos, en cuyo caso el plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación se prolongará cinco días, salvo en el supuesto en que el órgano de contratación hubiese declarado de tramitación urgente el expediente de contratación.

– Información adicional solicitada por los licitadores:

- Procedimientos abierto y restringido en contratos de obras, de suministros y de servicios sujetos a regulación armonizada:

El plazo general de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto, se reducirá a cuatro días (738).

- Procedimientos de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, y en contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios sujetos a regulación armonizada cualquiera que sea el procedimiento de adjudicación utilizado:

No se aplicará reducción alguna (739).

3. Respecto al plazo de comienzo de la ejecución del contrato:

En relación a este plazo, el artículo 119.2.c) de la LCSP, a diferencia del artículo 112.2.c) del TRLCSP que lo fijaba en 15 días hábiles a contar desde la formalización del contrato, lo amplía a un mes a contar desde el mismo término.

(738) Artículo 138.3 de la LCSP.

(739) *A sensu contrario*, artículo 138.3 de la LCSP, y artículo 119.2.b) párrafo último de la LCSP.



Como ya se ha señalado, la tramitación extraordinaria del expediente de contratación también engloba la modalidad de emergencia, aunque la LCSP prevé también que ante esta situación se pueda no solamente celebrar contratos sino concertar, de acuerdo con lo señalado en el artículo 30.1.d), la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados.

En caso de que opte por celebrar algún contrato, el artículo 120 de la LCSP mantiene lo que se preveía en el artículo 113 del TRLCSP y que, en esencia a juicio de los autores de esta obra, responde a la idea de que se asemeja más a un expediente de gasto que a un expediente de contratación por las situaciones que ampararán dicha declaración basadas en la concurrencia de acontecimientos catastróficos (740) o de grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional (741). Esta naturaleza se pondría de manifiesto en las siguientes actuaciones (742):

1. El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podría ordenar la ejecución de lo necesario (743) para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la LCSP, incluso el de la existencia de crédito suficiente (744).

Respecto a la citada ausencia de crédito, frente a la anterior redacción del artículo 113 del TRLCSP que abogaba porque el acuerdo de declaración de emergencia acompañara la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de modificación de crédito, ahora se señala simplemente que, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la LGP.

2. Se admite la contratación verbal en contra de lo que es la regla general de la formalización por escrito del contrato (745).

(740) Por ejemplo, las medidas contractuales establecidas en el artículo 9 de la Ley 14/2012, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias Comunidades Autónomas.

(741) Véanse SSTs de 20 de enero de 1987 y de 7 de abril de 1983, e Informes JCCA 34/1979, de 5 de octubre, 21/2001, de 3 de julio, y 20/2003, de 20 de junio.

(742) Véase Resolución del TACRC número 102/2017, de 12 de enero, sobre competencia del mismo en relación a la tramitación de emergencia del artículo 113 TRLCSP.

(743) Véanse SSTs de 20 de enero de 1987 y de 7 de abril de 1983, e Informes JCCA 34/1979, de 5 de octubre, 21/2001, de 3 de julio, y 20/2003, de 20 de junio.

(744) Es, por tanto, una excepción al régimen de invalidez sancionado con la nulidad de pleno derecho a tenor del artículo 39.2.b) de la LCSP.

(745) Artículo 37.1 de la LCSP.



3. Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros.

Ahora, el artículo 120.1.b) de la LCSP reduce a 30 días el plazo máximo para realizar dicha comunicación, que en el artículo 113 del TRLCSP se fijaba en 60 días.

4. Se permite, a tenor del artículo 153.6 de la LCSP, que se inicie la ejecución del contrato antes de haber procedido a su formalización.

El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del correspondiente acuerdo, ya que a través del mismo se motiva la necesidad de actuar de forma inmediata y se disponen las actuaciones concretas y determinadas a ejecutar para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida.

El último párrafo del artículo 120.1 adiciona que, en el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado a justificar (746), transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

Si se excediese este plazo o si se decidiese contratar determinadas prestaciones fuera de la declaración de emergencia, habrá de seguirse la tramitación ordinaria de acuerdo con lo establecido en la LCSP.

5. Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, frente a la referencia general que se hacía en el artículo 113 del TRLCSP en relación a que se cumplimentarían los trámites necesarios para la intervención y aprobación de la cuenta justificativa, ahora el artículo 120.4 de la LCSP especifica que se observará lo dispuesto la LCSP sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.

g) PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

Uno de los extremos que debe quedar perfectamente definido en los pliegos de cláusulas administrativas es el relativo al procedimiento de adjudicación que el órgano de contratación va a utilizar para, una vez aprobado el expediente de contratación y ordenada la apertura de la fase externa, dar publicidad a la voluntad de contratar que se fue generando durante la fase interna. Resultará obligado que el órgano de contratación justifique en el expediente de contratación la elección del procedimiento de adjudicación (747).

(746) Véase el Escrito-Circular de 11 de octubre de 2012, en el que la Intervención General de la Administración del Estado da a conocer su parecer sobre diversas cuestiones relacionadas con la tramitación de emergencia.

(747) Artículo 116.4.a) de la LCSP.



En general, los principios de publicidad y concurrencia habrán de presidir los procedimientos adjudicación. Sin embargo, a medida que el procedimiento elegido restringe la aplicación de dichos principios, resulta obligado que el órgano de contratación realice una motivación, si cabe aún más estricta, de las razones que obligan a aplicar dicho procedimiento (748).

De acuerdo con lo señalado los procedimientos de adjudicación pueden clasificarse en procedimientos ordinarios, si respetan los citados principios, y en procedimientos extraordinarios si se produce una merma de los mismos.

El sistema previsto en la LCSP se corresponde con el reflejado en el siguiente esquema:



Gráfico número 15

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

En el siguiente epígrafe siguiente de esta obra, relativo a la «6. Fase externa: Adjudicación de los contratos administrativos», se efectuará un análisis detallado de cada uno de los procedimientos de adjudicación señalados.

(748) Véanse las Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.



h) CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

El sistema previsto en la LCSP respecto a los criterios de adjudicación contractual, se corresponde con el reflejado en los siguientes gráficos:



Gráfico número 16

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN (ARTÍCULO 145)				
SE ESTABLECERÁN PCAPS Y FIGURARÁN ANUNCIO CON LOS SIGUIENTES REQUISITOS: - VINCULADOS AL OBJETO DEL CONTRATO - FORMULADOS DE MANERA OBJETIVA, SIN CONFERIR OC UNA LIBERTAD DE DECISIÓN ILIMITADA - GARANTIZARÁN QUE LAS OFERTAS SEAN EVALUADAS EN CONDICIONES DE COMPETENCIA EFECTIVA - IRÁN ACOMPAÑADOS DE ESPECIFICACIONES QUE LO PERMITAN				
OBJETO	CUANDO SE REFIERA O INTEGRE PRESTACIONES EN EL PROCESO ESPECÍFICO DE PRODUCCIÓN, PRESTACIÓN O COMERCIALIZACIÓN O EN EL PROCESO ESPECÍFICO DE OTRA ETAPA DE SU CICLO DE VIDA			
CRITERIOS CUALITATIVOS "NUMERUS APERTUS"	CALIDAD INCLUIDO VALOR TÉCNICO	CARACTERÍSTICAS "NUMERUS APERTUS"	ESTÉTICAS Y FUNCIONALES	ACCESIBILIDAD
				DISEÑO UNIVER.
			SOCIALES	RIESGO EXC. SOCIAL
				SUBC. CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO O EMPRESAS DE INSERCIÓN
	IGUALDAD GÉNERO...			
			MEDIOAMBIEN TALES	REDUC. GASES INVERNADERO
				EFICIENCIA ENERGÉTICA
				MEJORA REC. NATURALES
	ORGANIZACIÓN, CUALIFICACIÓN Y EXPERIENCIA DEL PERSONAL	SERV. POSVENTA/ASISTENCIA TÉCNICA/CONDICIONES DE ENTREGA		

Gráfico número 17

(Se resalta en color rojo el título para expresar la extensión de la novedad incorporada por la LCSP)



1. *Planteamiento estratégico*

Como ya se ha señalado en esta obra, es preciso recordar que en la fase interna del contrato la verdadera dificultad para el órgano de contratación radicarán en definir si los extremos, que entienda han de cumplir los licitadores, han de exigirse en los pliegos (749) o en el contrato como criterios de selección, es decir como criterios de solvencia, como criterios de adjudicación, o como condiciones especiales de ejecución contractual (750). Por lo tanto, a la hora de afrontar cada caso concreto, el órgano de contratación habrá de recorrer el camino metodológico señalado de modo que le permita llegar a alumbrar la solución más adecuada a la necesidad que pretende satisfacer (751).

En relación a lo señalado en el párrafo anterior, es preciso puntualizar que será posible fijar algún criterio de adjudicación que redunde en beneficio de la ejecución del contrato siempre que, excepcionalmente y de modo debidamente motivado en los pliegos, se decidiera tomar en consideración los elementos personales y materiales que el licitador se comprometiera a aportar a la ejecución del contrato una vez que se hubieran cumplido los requisitos mínimos de solvencia recogidos en los mismos (752).

(749) Artículos 122.2 y 145.5 de la LCSP. El artículo 166.2 de la LCSP señala que en los pliegos de cláusulas administrativas del procedimiento de licitación con negociación se determinarán los criterios de adjudicación aplicables.

(750) Véase la Resolución del TACRC número 81/2011, de 23 de marzo.

(751) Resolución del TACRC número 848/2014, de 14 de noviembre, por la que se declara inválido un criterio de adjudicación consistente en otorgar 5 puntos a las empresas que tengan un coche que tenga ya instalado un inhibidor de frecuencia, ya que no puede cumplirse por todos los licitadores dado que requiere una autorización específica, sino que debería contemplarse como una condición especial de ejecución del contrato al objeto de que el contratista desarrollara las gestiones oportunas para conseguirlo.

(752) Véase Resolución del TACRC número 235/2013, de 20 de junio, sobre valoración del mayor volumen de oficinas ofertado que exceda del exigido como mínimo de solvencia.

Sería, por ejemplo, el caso de una empresa que concurre a un contrato de servicios para actualizar una determinada aplicación informática y el órgano de contratación, después de fijar la solvencia técnica o profesional que han de demostrar los licitadores (1 consultor «*senior*» y 2 consultores «*junior*»), decidiera introducir como criterio de adjudicación la valoración de nuevos activos personales por encima de los fijados a efectos de solvencia, por ejemplo, otorgar hasta 15 puntos en función de baremo (por ejemplo, 10 puntos para 1 consultor «*senior*» más sobre el previsto a efectos de solvencia, y 5 por un consultor «*junior*» más sobre el mismo parámetro), con lo que, un licitador que se comprometiera a aportar ese exceso, podía obtener puntuación adicional a efectos de la adjudicación del contrato.

Véanse las SSTJUE 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87), 26 de septiembre de 2000 (Asunto C-225/98), 18 de octubre de 2001 (Asunto C-19/00), 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/99), y 19 de junio de 2003 (Asunto C-315/01), Informes JCCA números 22/1994, de 16 de diciembre, 28/1995, de 24 de octubre, 53/1997, de 2 de marzo, 13/1998, de 30 de junio, 44/1998, de 16 de diciembre, 33/1999, de 30 de junio, 36/2001 y 37/2001, de 9 de enero de 2002, y 59/2004, de 12 de noviembre, y Resolución del TACRC número 264/2012, de 21 de noviembre.



El Preámbulo de la LCSP señala, en relación a los criterios de adjudicación, lo siguiente:

– Que uno de los principales objetivos que inspiran su regulación es conseguir una mejor relación calidad-precio, a cuyo efecto, por primera vez, se establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato (753).

Para ello, en el artículo 334.2.c) de la LCSP se establece que en la Estrategia Nacional de Contratación Pública, cuya aprobación corresponderá a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, se diseñarán, entre otras medidas, las que promuevan la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público, estimulando la agregación de la demanda y la adecuada utilización de criterios de adjudicación.

– Que en desarrollo de lo señalado en el párrafo anterior, se incluyen consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo que podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar (754). En relación a éstos, se introduce la posibilidad de que tanto los criterios de adjudicación incorporen aspectos sociales del proceso de producción y comercialización referidos a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, y en especial podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo [2005/2245(INI)] en su apartado 2 (755).

En relación con lo que acaba de señalarse, los artículos 127.2 y 128 de la LCSP prevén que los órganos de contratación, que tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, puedan exigir en los criterios de adjudicación una etiqueta específica, siempre que se cumplan las condiciones previstas en las letras a) a f) del mencionado artículo 127.2, o un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último o, cuando el empresario no tenga acceso a los mismos ni posibilidad de obtenerlos por causa no imputable

(753) Exponendo II, párrafos primero y segundo.

(754) Exponendo V, párrafo tercero.

(755) Exponendo V, párrafo quinto.



al mismo, un informe técnico del fabricante que sirva para demostrar que se cumplen los criterios de adjudicación exigidos.

2. Tipos

La LCSP utiliza, en términos generales (756), la expresión de «*mejor oferta*» para hacer referencia a la oferta que hubiese alcanzado la mayor puntuación a tenor de los criterios de adjudicación recogidos en los pliegos de cláusulas administrativas.

Para llegar a la selección de dicho licitador, el artículo 131.2 de la LCSP, a diferencia de lo que se establecía en el artículo 150.2 párrafo segundo del TRLCSP que señalaba que se daría preponderancia a los criterios que pudieran valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de fórmulas, dispone que, en función de lo señalado en el epígrafe anterior de esta obra, la adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio. Lo indicado en el mencionado precepto ya pone de manifiesto una diferente terminología a la hora de definir la adjudicación en base a un único criterio que, a tenor de lo previsto en el artículo 150.1 del TRLCSP, era el del precio más bajo o en función de varios criterios de adjudicación (757).

Efectivamente, el artículo 145 de la LCSP, de modo totalmente novedoso, distingue, a la hora de concretar los criterios de adjudicación, estos sistemas:

1. El de la mejor relación calidad-precio:

Este sistema responde a una pluralidad de criterios tanto de carácter económico como cualitativo en base a la calidad (758), incluido el valor

(756) A juicio de los autores de esta obra, las referencias que siguen haciéndose en los artículos 1.1 y 143.6 de la LCSP en relación a la «*oferta económicamente más ventajosa*» deberían referirse a la «*mejor oferta*».

(757) Sin embargo, en el artículo 150.1 párrafo segundo inciso final de la LCSP, a juicio de los autores de esta obra, no se guarda la debida coherencia con lo que acaba de señalarse pues se continúa disponiendo que «*Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo*», cuando debería hacerlo al sistema de coste-eficacia, bien referido al precio bien referido a la rentabilidad.

(758) El artículo 145.4 párrafo segundo de la LCSP dispone que en los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas.

Respecto al criterio consistente en la «*mayor calidad de la oferta*», señalar que el mismo puede admitirse pero siempre que se recoja convenientemente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y que no se confunda con los «*medios de aseguramiento de la calidad*» (art. 93 de la LCSP) que se refieren a requisitos de solvencia técnica, pues para ser admisibles han de ser

técnico (759), las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales (760), medioambientales (761) e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones (762), respecto de los cuales la LCSP realiza, en el artículo 145.2, una enumeración abierta (763).

realmente ofertados y han de integrarse en la prestación a ejecutar (Informes JCCA números 53/1997, de 2 de marzo de 1998 y 56/2004, de 12 de noviembre).

Véase Resolución del TACRC número 468/2017, de 1 de junio, sobre viabilidad de un criterio de adjudicación en relación con la calidad en la prestación del servicio consistente en ofertar la continuidad del personal que viene prestando el servicio.

(759) Respecto al criterio técnico (relativos, por ejemplo, a la organización, la cualificación y la experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución), resulta preciso que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se delimite su contenido así los parámetros de valoración. En este sentido, no resultarían adecuadas fórmulas como las siguientes:

– «250 puntos a la solución técnica más flexible», y «al resto de las propuestas la puntuación que técnicamente y en función de la solución aportada les pudiera corresponder», o la relativa a establecer el

– «cumplimiento del programa de necesidades previsto como requisito obligatorio en el PPT...», con una valoración de 200 puntos, sin ninguna otra especificación al respecto.

Con fórmulas como las señaladas, el criterio se transforma en un mero conformado documental causado porque la mesa de contratación, incapaz de ponderarlo, concede la máxima puntuación a todos o a la mayoría de los licitadores (Informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (TGSS, INSS, ISM, INGESA y IMSERSO), durante los ejercicios 2004 y 2005 (aprobado por el Pleno en sesión de 26 de abril de 2007, Suplemento del BOE número 8 miércoles 9 de enero de 2008).

(760) Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

(761) Las características medioambientales podrán referirse, entre otras, a la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; al empleo de medidas de ahorro y eficiencia energética y a la utilización de energía procedentes de fuentes renovables durante la ejecución del contrato; y al mantenimiento o mejora de los recursos naturales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

(762) El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución y los compromisos relativos a recambios y seguridad del suministro.

(763) En relación con dicha enumeración abierta, se han introducido algunos criterios de adjudicación que conviene analizar:

– «Criterio de arraigo local o de vecindad de la empresa»: No resulta adecuado, véase la Resolución del TCARC número 21/2013, de 17 de enero, en base a las SSTJUE de 5 de diciembre de 1989, de 16 de enero de 2003, de 1 de julio de 2004, y de 27 de octubre de 2005, y al Informe JCCA número 9/2009, de 21 de marzo.

– «Valoración de mejoras consistentes en la ejecución de obras accesorias sin coste para el órgano de contratación»: Podría resultar adecuado. Véase Informe JCCA número 59/2009, de 26 de febrero de 2010.

– «Valoración del compromiso de emplear en su ejecución personas desempleadas inscritas en una determinada oficina de empleo»: No se considera adecuado, véanse Informes JCCA números 53/2008, de 29 de enero de 2009, 3/2009, de 25 de septiembre, y 12/2011, de 28 de octubre.



En cuanto al criterio económico, el último párrafo del artículo 145.2 de la LCSP señala que junto a los criterios cualitativos deberá incluirse un criterio relacionado con los costes que, a elección del órgano de contratación, podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida. De este modo, a juicio de los autores de esta obra, se acaba con la interpretación que se había venido haciendo a la luz de la enumeración abierta que se hacía en el TRLCP, en relación a que era posible que, si quedaba suficientemente justificado en el expediente de contratación, no se incluyera dentro de los criterios de adjudicación el criterio precio (764).

El artículo 146.2 párrafo primero señala que cuando se utilice este sistema en la determinación de los criterios, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

El artículo 145.3 de la LCSP, como hacía el artículo 150.3 del TRLCSP, dispone que el sistema de la mejor relación calidad-precio se aplicará, en todo caso, a estos contratos:

– A aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los candidatos o licitadores.

– A aquellos en los que el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas o por reducciones en su plazo de ejecución.

– A aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

– A aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.

– A los contratos de concesión de obras (765).

– *«La propiedad de unas determinadas instalaciones»*: No se considera adecuado, véanse Resoluciones del TACRC números número 130/2011, de 27 de abril, 16/2012, de 13 de enero, 161/2012, de 30 de julio, y 187/2012, de 6 de septiembre.

– *«Mayor o menor antigüedad en el certificado de aeronavegabilidad»*: No se considera adecuado, véase la Resolución del TACRC número 229/2012, de 24 de octubre.

(764) Véase el Tribunal de Cuentas en el informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (TGSS, INSS, ISM, INGESA y IMSERSO), durante los ejercicios 2004 y 2005 (aprobado por el Pleno en sesión de 26 de abril de 2007, Suplemento del BOE número 8 Miércoles 9 de enero de 2008).

(765) El artículo 247 de la LCSP, por el que se regula el estudio de viabilidad dentro de este tipo de contrato, establece que, cuando el mismo haya sido presentado por la iniciativa privada y culminara con el otorgamiento de la correspondiente concesión, su autor tendrá derecho en la correspondiente licitación a 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas



- A los nuevos contratos de concesión de servicios (766).
- A los contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- A los contratos de servicios (767), salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- A los contratos de servicios que tengan por objeto alguna de estas prestaciones:
 - De carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura.
 - De servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, o promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral (768).
 - De servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava (769).
 - De servicios intensivos, en mano de obra.
 - De servicios de seguridad privada.
- A aquellos contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables (770).

particulares. Si no lo hubiese sido, tendrá derecho al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5 por cien como compensación.

(766) Disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP que establece que en los contratos de concesión de los servicios que figuran en el Anexo IV, el órgano de contratación podrá referir los criterios de adjudicación a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

(767) Véase Resolución del TACRC número 468/2017, de 1 de junio, sobre viabilidad de un criterio de adjudicación en relación con la calidad en la prestación del servicio consistente en ofertar la continuidad del personal que viene prestando el servicio.

(768) Disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP que dispone que en los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del Anexo IV, el órgano de contratación podrá referir los criterios de adjudicación a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

(769) Véase el epígrafe E. Contratos reservados, c. Reserva de ciertos contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud, de la Parte Cuarta. 5 de esta obra.

(770) Tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos



2. El de la mejor relación coste-eficacia:

Este sistema se llevará a cabo, como señala el artículo 148.4 de la LCSP, preferentemente, a través del cálculo del coste del ciclo de vida (771) de la obra, suministro o servicio, es decir, por medio de un criterio basado en la rentabilidad, y subsidiariamente a través del criterio precio (772).

En el concepto de ciclo de vida, a tenor de lo previsto en el artículo 148 de la LCSP, se incluirán todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante la existencia de un producto, obra o servicio hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de su utilización (investigación y desarrollo, fabricación o producción, comercialización y condiciones en que ésta tenga lugar, transporte, utilización y mantenimiento, adquisición de las materias primas necesarias y generación de recursos). Incluirá tanto costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios (costes relativos a la adquisición, de utilización –como el consumo de energía y otros recursos–, de mantenimiento, y de final de vida –como los costes de recogida y reciclado–), como imputados a externalidades medioambientales vinculadas, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse (podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático), siempre que cumplan las siguientes condiciones:

- Que estén basados en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios. En concreto, si no se han establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerán o perjudicarán indebidamente a empresas determinadas.
- Que sean accesibles para todas las partes interesadas.
- Que la información necesaria debe poder ser facilitada con un esfuerzo razonable por parte de las empresas, incluidas aquellas procedentes de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio o de otros Estados signatarios de algún otro Acuerdo Internacional que vincule a España o a la Unión Europea.

de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

(771) DELGADO FERNÁNDEZ, M. R., «El cálculo del coste de ciclo de vida en la Contratación Administrativa», *Gabilex* número 7, septiembre de 2016. http://www.castillalalamanca.es/sites/default/files/documentos/pdf/20161027/2-_ciclo_de_vida_maria_del_rosario_delgado_fernandez.pdf

(772) ARIAS PERERO, J. F., PASTOR SÁNCHEZ, J., y HUERTA BARAJAS, J. A., «La determinación del precio en situaciones de carencia de referencias de mercado y escasa concurrencia», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, número 89, 2009, págs. 37-69. Véanse las Resoluciones del TACRC números 112/2011, de 15 de abril, en la que se anula la fijación del precio sobre bajas ofertando mayor número de prestaciones al precio unitario ofertado, de modo que se llegara a agotar el valor estimado del contrato, y 796/2015, de 11 de septiembre, sobre la no aplicación de la discrecionalidad en los casos de criterios de valoración automática.



En los casos en que una norma de la Unión Europea haga obligatorio un método común para calcular los costes del ciclo de vida, se aplicará el mismo.

Cuando se utilice este sistema de coste-eficacia través del cálculo del coste del ciclo de vida, los órganos de contratación indicarán en los pliegos los datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que utilizarán para determinarlo.

Por el contrario, cuando se utilice dentro de este sistema de coste-eficacia el único criterio del precio para decidir la adjudicación del contrato, cabe señalar lo siguiente:

– En relación a la valoración de este criterio, cuando las ofertas económicas presentadas por los licitadores presentaran determinadas diferencias en función de la imposición indirecta que grave la operación o, incluso, el supuesto de que ciertos licitadores disfrutaran de alguna exención fiscal, la mesa de contratación deberá analizar asépticamente cada oferta o proposición con exclusión del régimen impositivo aplicable a cada licitador (773).

– Respecto a la adecuación a la normativa de Contratación Pública de algunas fórmulas, cabe señalar que resultarían inadecuadas las siguientes:

- Aplicación de fórmulas de aproximación a la media de las ofertas presentadas: Resultan ser fórmulas antieconómicas al otorgar la máxima puntuación no a la oferta más económica, que además resulta penalizada porque se le otorga la misma puntuación que a la más onerosa, sino a la oferta que se aproxime más a la media aritmética de todas las presentadas (774).

(773) Véase la Resolución del TACRC número 169/2011, de 22 de junio, con cita en el Informe JCCA número 7/2008, de 29 de septiembre. Asimismo, en relación al alegato amargo que realizan las entidades que disponen de un régimen impositivo especial (asociaciones, fundaciones y empresas titulares de Centros Especiales de Empleo dedicadas a la atención a personas con discapacidad que tienen otorgado el reconocimiento de «Entidad o establecimiento de carácter social», estando por tanto sus actividades exentas del devengo del IVA, a tenor de lo dispuesto en el artículo 20.uno. 8) apartado c) de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido), véase el Informe JCCA número 24/2011, de 28 de octubre, sobre «Efectos de la aplicación del IVA en los contratos».

(774) Véase Informe JCCA número 4/2011, de 28 de octubre. En este sentido, el Tribunal de Cuentas en el informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (TGSS, INSS, ISM, INGESA y IMSERSO), durante los ejercicios 2004 y 2005 (aprobado por el Pleno en sesión de 26 de abril de 2007, Suplemento del BOE número 8 Miércoles 9 de enero de 2008), ha señalado como una fórmula inadecuada la consistente en fijar el precio sobre la desviación de las ofertas respecto de la media aritmética de las ofertas presentadas, de acuerdo con la siguiente fórmula:

- Si la oferta se desviaba de la oferta media en más/menos el 3 por ciento obtendría 2 puntos.
- Si la oferta se desviaba de la oferta media en más/menos el 4 por ciento obtendría 1,5 puntos.
- Si la oferta se desviaba a la oferta media en más/menos el 5 por ciento obtendría 1,0 puntos.
- Si la oferta se desviaba de la oferta media en más/menos el 6 por ciento obtendría 0,5 puntos.
- Si la oferta se desviaba de la oferta media en más/menos el 7 por ciento obtendría 0 puntos.



- Uso de fórmulas de ponderación proporcional de las bajas de las ofertas por la dispersión que puede desvirtuar el proceso de valoración (775).
- Utilización de fórmulas por escalas fijas de porcentajes o puntos: Pueden truncar el proceso de valoración diseñado con el conjunto de criterios de adjudicación contemplados en un determinado contrato (776).
- Inclusión en las fórmulas de límites máximos de valoración o «*umbrales de saciedad*»: Convierte el criterio precio en un valor que es conseguido fácilmente por la mayoría de los licitadores, aunque alguno de ellos pudiera ofrecer un precio inferior, al estar fijado el valor estimado del contrato por encima del valor de mercado (777).

El artículo 146.2 párrafo último señala que, cuando en los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas a la construcción o explotación así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, figurará como un criterio de adjudicación evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los lici-

(775) Véase informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (TGSS, INSS, ISM, INGESA y IMSERSO), durante los ejercicios 2004 y 2005 (aprobado por el Pleno en sesión de 26 de abril de 2007, Suplemento del BOE número 8 Miércoles 9 de enero de 2008), en el que señala que con un presupuesto base de licitación de 240.000 euros y dos ofertas de 192.000 y de 180.796, si se valora el criterio precio, con un máximo de 85 puntos sobre 100, en base a la ponderación proporcional de las bajas de las ofertas se otorgarán los 85 puntos a la más baja y a la otra solamente 68,90, con lo que con una diferencia mínima en la oferta de 11.204 euros, solo el 4,6 por ciento del precio de licitación, se produce una diferencia desproporcionada en la puntuación asignada a la oferta económica de más de 16 puntos.

(776) Véase el informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (TGSS, INSS, ISM, INGESA y IMSERSO), durante los ejercicios 2004 y 2005 (aprobado por el Pleno en sesión de 26 de abril de 2007, Suplemento del BOE número 8 Miércoles 9 de enero de 2008), señala que si se concede al criterio precio una ponderación del 60 por ciento con una fórmula de valoración del siguiente modo, 60 a la oferta más económica, 30 a la segunda más barata, 20 a la tercera más barata y 5 puntos al resto de las ofertas, y el criterio técnico con una ponderación del 40 por ciento con una fórmula de valoración del siguiente modo, 40 a la mejor oferta, 20 a la segunda mejor, 15 a la tercera y 5 al resto de las ofertas, puede que, con que solamente las ofertas estuvieran separadas por un solo euro, se dispersara de tal manera el criterio precio que pudiera no resultar adjudicataria la empresa que presenta la proposición más ventajosa, relacionando el criterio precio y la calidad técnica.

(777) Véase el informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (TGSS, INSS, ISM, INGESA y IMSERSO), durante los ejercicios 2004 y 2005 (aprobado por el Pleno en sesión de 26 de abril de 2007, Suplemento del BOE número 8 Miércoles 9 de enero de 2008), señala que en un contrato con los siguientes criterios de adjudicación, precio 60 por ciento, criterio técnico 30 por ciento y mejoras 10 por ciento, resulta inadecuada la fijación del criterio precio en base a una fórmula consistente en otorgar para una disminución de hasta el 5 por ciento, 20 puntos, de hasta el 10 por ciento, 40 puntos, de hasta el 15 por ciento, 60 puntos, ya que ningún licitador planteará, aunque pudiera hacerlo, una oferta por debajo del 85 por ciento toda vez que ello no representaría mayor puntuación, por lo que la valoración del criterio precio pierde parte del peso teórico (del 60 por ciento) que le otorgaron los pliegos de cláusulas administrativas (criterio técnico 30 por ciento, 10 por ciento criterio mejoras).



tadores (778) sobre las aportaciones previstas en el expediente de contratación.

3. *Condiciones*

El artículo 145.5 de la LCSP recoge las siguientes condiciones que han de cumplir los criterios de adjudicación, que se incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento descriptivo, y que deberán figurar en el correspondiente anuncio de licitación (779):

1. En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato (780). A tenor del apartado 6 del mencionado artículo 145, se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen tanto en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas, como en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

2. Deberán ser formulados de manera objetiva (781) y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 132 de la LCSP, con pleno respeto a los principios de igualdad (782), no discriminación, transparencia (783) y propor-

(778) Sobre la posibilidad, desde luego no deseable, de que se puedan desarrollar determinados sub-criterios en la fase externa una vez que en la fase interna quedaron definidos los criterios de adjudicación, véase la STJUE de 24 de noviembre de 2005 (Caso *ATI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc* y otros contra *ACTV Venezia SpA* y otros) que fue aplicada en la STJUE de 24 de enero de 2008 (Caso *Emm. G. Lianakis AE* y otros contra *Aikaterini Georgoula* y otros), que señala que resultará posible si se cumplen estas 3 condiciones: 1. Es necesario que no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación; 2. Es preciso que no se contengan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en la preparación de éstas; y es necesario que no hayan sido adoptados teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

(779) Véase la STS de 22 de enero de 2014.

(780) En consecuencia, no debería referirse a cuestiones contingentes cuya alteración en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma (véase Informe JCCA número 9/2009, de 31 de marzo).

(781) Véase la Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

(782) Véase la Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero.

(783) Véanse la Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la que se señalan las siguientes deficiencias («*Certificados de garantía de calidad*»; «*Radicación geográfica de la empresa*» en las provincias a las que ofertase; «*Calidad del servicio, de 0 a 3 puntos*» y «*el Proyecto técnico de servicio, de 0 a 3 puntos*», y posibles mejoras como los «*servicios complementarios a la tercera edad*» ofertados sin sobrecoste, valorados de 0 a 2 puntos, que no fueron determinados ni en su contenido ni en su forma de valoración).



cionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.

Por lo tanto, en principio, la inclusión en los pliegos de una cláusula en la que se recogiera cualquier criterio de adjudicación que vulnerara lo previsto en el citado artículo 132 traería como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la misma (784), aunque ello no tendría por qué transcender al resto de cláusulas de los pliegos afectados ya que podrían permanecer invariables conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la LPA-CAP (785). No obstante, resultaría preciso valorar esta posibilidad caso a caso pues podría suceder, por ejemplo, que apostar por dicho mantenimiento pudiera resultar contrario al principio de igualdad y no discriminación (786) al haber impedido que otras posibles empresas concurrieran a la licitación, con el consiguiente efecto discriminatorio (787).

3. Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el fin de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, deberá comprobarse de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

El artículo 146.2 párrafo quinto de la LCSP añade que la elección de las fórmulas se tendrán que justificar en el expediente (788), toda vez que los principios que han de inspirar la contratación a tenor del artículo 1 de la LCSP, especialmente el principio de seguridad jurídica que informa el

(784) Véanse Informe JCCA número 20/2011, de 15 de diciembre, en la que se declara contraria una cláusula en la que se preveía incluir como criterio para la adjudicación «*El compromiso de un mayor volumen de contratación de suministros en el propio municipio*»; SSTSJ de Galicia de 19 de abril y 10 de mayo de 2012, en las que se estiman los respectivos recursos al haberse adjudicado el contrato en base a un criterio discriminatorio, con conculcación de la prohibición al respecto inclusive sentada por el artículo 14 de la Constitución, consistente en haber contemplado un criterio de adjudicación basado en el «*compromiso de ocupar en dicha obra a 6 trabajadores de nueva contratación y que fuesen desde luego vecinos de aquel término municipal*»; Resolución del TACRC número 115/2011, de 27 de abril, en la que se declara improcedente la inclusión como criterio de adjudicación de razones de arraigo territorial, como era disponer de establecimiento permanente en la Región de Murcia y el número de vigilantes en plantilla en el año 2010 en la Región de Murcia; Resolución número 187/2012, de 6 de septiembre, en la que se declara que resulta discriminatorio exigir en los pliegos que se exija que el licitador cuente con una red propia de unidades de reparto/oficinas de atención al público.

(785) Véase la Resolución del TACRC número 203/2012, de 20 de septiembre.

(786) Véase Informe JCCA número 9/2009, de 31 de marzo.

(787) Véase la STJUE de 4 de diciembre de 2003, dictada en el asunto C-448/01 «*EVN y WIENSTROM*» en una cuestión prejudicial elevada a instancia del *Bundesvergabeamt* de Austria.

(788) Véanse STS de 5 de abril de 2013, las Resoluciones del TACRC números 115/2011, de 27 de abril, 230/2011, de 28 de septiembre, 287/2011 (en la que cita la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, por todas STC 37/1982, de 16 junio, y SSTS de 9 junio de 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero de 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo de 1998, 25 de mayo de 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero de 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero de 2000), de 23 de noviembre, 69/2012, de 3 de abril, 140/2012, de 28 de junio, e Informe JCCA 59/2009, de 26 de febrero de 2010.



ordenamiento jurídico, imponen dicha exigencia (789). El asunto no debería tener más transcendencia, en principio (790), si los pliegos especificaran debidamente la manera de seleccionar la mejor oferta en base al sistema de precio-eficacia (791). Sin embargo, como a continuación se va a analizar, los problemas pueden surgir cuando la adjudicación se efectúa sobre más de un criterio (792).

El artículo 146.3 de la LCSP dispone que, salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo la ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases (793), como por ejemplo en el concurso de proyectos a que se refiere el artículo 185 de la LCSP (794), se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo.

(789) De lo contrario, pudiera ocurrir que definida la idea general sobre la manera de valorar, por ejemplo, el criterio precio, sin embargo la mesa de contratación aplicara una fórmula que no resultara ajustada al tenor literal de la cláusula recogida en los pliegos. Véase la Resolución del TACRC número 92/2013, de 5 de marzo.

(790) Sobre los llamados «umbrales de saciedad», véase el Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social, durante los ejercicios 2004 y 2005 [aprobado por el pleno en sesión de 26 de abril de 2007, suplemento del BOE número 8 de 9 de enero de 2008], y sobre la influencia de posibles exenciones fiscales véase el Informe JCCA número 7/2008, de 29 de septiembre.

(791) Véanse las Resoluciones del TACRC números 224/2011, de 14 de septiembre, y 191/2012, de 12 de septiembre.

(792) Véase la Resolución del TACRC número 166/2011, de 15 de junio.

(793) Artículo 169.3 de la LCSP que establece que «*Los órganos de contratación podrán articular el procedimiento regulado en el presente artículo en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de cláusulas administrativas particulares, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados*». El artículo 175.3 de la LCSP respecto al diálogo con los candidatos señala que «*El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios de adjudicación indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad*». El artículo 179.4 de la LCSP respecto al procedimiento de asociación para la innovación dispone que «*Las negociaciones durante los procedimientos de las asociaciones para la innovación podrán desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y recogidos en el anuncio de licitación. El órgano de contratación indicará claramente en el anuncio de licitación y en los pliegos de cláusulas administrativas particulares si va a hacer uso de esta opción*».

(794) Articula el proceso en dos fases, de selección de licitadores que hubieran presentado solicitud de participación, y de invitación a los candidatos seleccionados para que presenten sus propuestas de proyectos. Esta última podrá realizarse en dos sub-fases sucesivas, una en la que presentarán una idea concisa que será valorada por el Jurado, y otra de presentación de propuestas de proyectos en desarrollo de la idea inicial. Ambas sub-fases serán valoradas de conformidad con los criterios de adjudicación que se hubieren establecido previamente.



Cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia (795).

De acuerdo con lo señalado, cuanto se tomen en cuenta varios criterios de adjudicación, su ponderación, pensando en la finalidad de garantizar la objetividad en la selección del contratista y en el respeto de la igualdad de trato entre los licitadores y la transparencia del procedimiento, se realizará a través de alguno de estos sistemas (796):

– El que se podría denominar «*habitual*» (797) que, a su vez, admite dos posibilidades:

- Si el procedimiento de adjudicación no se articula en varias fases, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

- Si, por el contrario, dicho procedimiento sí se articulara en varias fases, deberá expresarse, además, en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo. Esta manera de poder fijar los criterios de adjudicación se puede producir, por ejemplo, en el entorno de un procedimiento de licitación con negociación (798) o, en su caso, de un procedimiento de diálogo competitivo (799). En ambos casos, el número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número de soluciones o de candidatos adecuados.

En cualquiera de los dos sistemas señalados para la fijación «*habitual*» de ponderación de los criterios de adjudicación, conviene tener presente, respecto de la necesaria fijación de una banda de valores con una amplitud adecuada, que, dada la redacción del artículo 149 de la LCSP que orienta la fijación de la misma a lo que se prevea en los pliegos de cláusulas administrativas o, en su defecto, a lo que se establezcan regla-

(795) El artículo 150.1 párrafo primero de la LCSP repite esta idea al señalar que «*La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación*». En el procedimiento restringido, el artículo 163.1 de la LCSP repite que las invitaciones contendrán, entre otros extremos, el relativo a los criterios de adjudicación que se tendrán en cuenta y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación.

(796) Véase la Resolución del TACRC número 87/2011, de 23 de marzo.

(797) Véanse las Resoluciones del TACRC números 224/2011, de 14 de septiembre, y 191/2012, de 12 de septiembre.

(798) Artículo 169.3 de la LCSP.

(799) Artículo 175.3 de la LCSP.



mentariamente, a juicio de los autores de esta obra, continúan vigentes, en cuanto no se oponen al contenido de la LCSP, los artículos 67.2.k) y 85 del RGTRLCAP (800).

– El que reviste carácter «*excepcional*» y cuya aplicación por parte del órgano de contratación ha de venir acompañado de motivación suficiente en la fase interna (801), es decir, en el expediente de contratación. Se refiere al supuesto en el que, por las razones que fuera, no se pueda entrar a ponderar los criterios elegidos en cuyo caso éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia (802). Se trataría, a juicio de los autores de esta obra, de supuestos en los que, en principio y por razones extraordinarias, se decidiera utilizar el procedimiento de licitación con negociación (803), el procedimiento de diálogo competitivo (804), o, en su caso, el procedimiento de asociación para la innovación (805).

4. Mejoras

A tenor de lo previsto en el artículo 139.3 de la LCSP, que recoge lo que se preveía en el artículo 145 del TRLCSP, se trata del único supuesto, junto con el previsto en el artículo 143 para la presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica, en el que un licitador podrá presentar más de una proposición (806).

La razón de fondo de la admisión de mejoras, a juicio de los autores de esta obra y sin perjuicio del olvido en el que incurre el artículo 145.3.b) de la LCSP al omitir el inciso «*a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes*» que sí se recogía en el artículo 150.3.b) del TRLCSP, sigue radicando en que se ha de aplicar en contratos cuyo

(800) Los pliegos deberán contener, con carácter general para todos los contratos cuando se adjudiquen mediante la aplicación de varios criterios objetivos, la valoración para determinar que una proposición no puede ser cumplida por ser considerada anormalmente baja. Se considerarán así las que se separen de los siguientes valores:

– Concurrencia de 1 solo licitador: Su oferta sea inferior al valor estimado del contrato en más de un 25 por ciento.

– Concurrencia de 2 licitadores: Su oferta sea inferior en más de 20 por ciento a la otra oferta.

– Concurrencia de 3 licitadores: Las ofertas que sean inferiores en más del 10 por ciento a la media aritmética de las ofertas presentadas. Se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 por ciento a dicha media.

– Concurrencia de 4 o más licitadores: Se calculará igual que el caso anterior pero se tendrá en cuenta que, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a la media aritmética de las ofertas presentadas en más del 10 por ciento, se procederá al cálculo de una nueva media solo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a 3, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

(801) Artículo 146.3 último párrafo de la LCSP.

(802) Véase la Resolución del TACRC número 87/2011, de 23 de marzo.

(803) Artículo 169.5 de la LCSP.

(804) Artículo 174.3 de la LCSP.

(805) Artículo 179.3 de la LCSP.

(806) Mantiene lo que se preveía en los artículos 145.2, 145.3 en relación al 147 y 148 del TRLCSP.



objeto incluya prestaciones que pueden ser mejoradas por los licitadores a través de la presentación de determinadas soluciones técnicas (807).

El artículo 145.7 de la LCSP define las mejoras (808) como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el PPTS, sin que aquellas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones, ni del objeto del contrato, para, a continuación, resaltar algunas características de esta categoría especial de criterio de adjudicación:

– Deberán estar suficientemente especificadas (809). Se considerará que se cumple esta exigencia cuando se fijen, de manera ponderada, con concreción, los requisitos, límites, modalidades y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.

En relación a este requisito, es preciso recordar que lo contrario sería favorecer al contratista que estuviera prestando el objeto contractual ya que, lógicamente, sería indudablemente el que mejor conocería y podría concretar las mejoras que redundan en beneficio del contratante (810).

– Una vez propuestas por el adjudicatario pasarán a formar parte del contrato y no podrán ser objeto de modificación.

En este sentido, no será suficiente que el licitador reproduzca, por ejemplo, lo indicado en los pliegos para que se pueda entrar a valorar la correspondiente mejora, sino que será preciso que se concreten en la oferta presentada, de modo que las características o especificaciones técnicas puedan ser comprobadas y consecuentemente valoradas por la Administra-

(807) Véase Resolución del TACRC número 422/2016, de 27 de mayo, en la que se señala que es posible admitir como mejora la oferta de horas gratuitas en un contrato de servicio.

(808) Resulta curioso, a juicio de los autores de esta obra, que el actual artículo 145.7 de la LCSP se refiera solamente a las mejoras, olvidando su sinónimo de variantes, cuando en el resto de la Ley, muy particularmente en el artículo 142, siempre se habla de es este último concepto.

(809) Véanse SSTJUE de 16 de octubre de 2003, asunto *Traunfellner GMBH*, y de 24 de noviembre de 2008, asunto *Alexandroupolis*, y las Resoluciones del TACRC números 284/2011, de 23 de noviembre, y 155/2011, de 20 de julio.

(810) En este sentido, el Tribunal de Cuentas en el informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (TGSS, INSS, ISM, INGESA y IMSERSO), durante los ejercicios 2004 y 2005 (aprobado por el Pleno en sesión de 26 de abril de 2007, Suplemento del BOE número 8 Miércoles 9 de enero de 2008), señala como fórmulas inadecuadas las siguientes:

«Otras mejoras que redunden en beneficio del servicio...», «otras mejoras ofertadas por el licitador sobre los servicios mínimos...», «se valorarán aquellos medios... que no se contemplen como obligatorios en el PPT... que redunden en un beneficio efectivo de la prestación», «... eventuales mejoras ofrecidas sobre los servicios mínimos tanto en prestaciones como en horarios, con una valoración máxima de 14 puntos, el eventual ofrecimiento de bolsas de trabajo gratuitas, con un máximo de 6 puntos, y las eventuales mejoras sobre medios materiales mínimos, con un máximo de 5 puntos», o la relativa a «Otras prestaciones valorables económicamente, siempre que sean de interés para el INSS, y mejoren o aporten valor añadido al objeto del contrato.»

También resalta como inadecuadas las relativas a establecer la puntuación máxima atribuible a este criterio, con expresiones como *«con un máximo de 15 puntos...»* sin mayores especificaciones al respecto, o la referente a un contrato de servicio de limpieza de oficinas, en el que fueron incluidas como mejoras, entre otras, *«las actuaciones adicionales, la programación de los trabajos, la bolsa de horas de trabajo gratuitas, etc»*, valorables todas ellas con un máximo de 10 puntos, sin que los pliegos aportasen ninguna otra información adicional ni precisaran cómo iban a ser valoradas.

Véase también la Resolución del TACRC número 203/2012, de 20 de septiembre.



ción (811). Además, si se admitiera una postura como la señalada, ello traería consigo que ofertas diferentes fueran valoradas igual, lo cual resultaría contrario al principio de igualdad de trato (812) contemplado en la LCSP.

– En todo caso, cuando se utilicen en los procedimientos abierto o restringido y los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor supere al de los criterios que sean evaluables de forma automática, no podrá asignársele a las mejoras una valoración superior al 2,5 por ciento.

Por su parte, el artículo 142 de la LCSP, siguiendo la redacción que se efectuaba en el artículo 147 del TRLCSP, reitera lo siguiente:

– Que han de preverse en los pliegos.

En relación a este aspecto, debe hacerse notar que el actual artículo 142.1 no hace expresa referencia, como sin embargo sí hacía el artículo 147.1 del TRLCSP, al «*pliego de cláusulas administrativas particulares*». De este modo se soluciona una situación anómala ya que era bastante lógico deducir su insuficiencia para definir una mejora, motivada por la posible aportación de una mejor solución técnica, en base, únicamente, a dichos pliegos.

Por dicho motivo, el mencionado artículo 147.1 del TRLCSP siempre se interpretó en el sentido de que la admisión de las mejoras debía venir recogido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (813), mientras que su especificación debería venir complementada por lo que al efecto se dispusiese en los PPTS en cuanto a sus requisitos, modalidades, y características (814).

En dicho sentido, es preciso poner especial énfasis en que el órgano de contratación ha de poner especial cuidado en la redacción de unos PPTS y de unos pliegos de cláusulas administrativas particulares totalmente congruentes (815) ya que, por ejemplo, ha de quedar perfectamente delimitado cuándo unas determinadas prestaciones se contemplan como inexcusables para los licitadores, de modo que si no se comprometen a prestarlas en sus ofertas serían excluidos del proceso de contratación por

(811) Véase Resolución del TACRC número 194/2011, de 27 de julio.

(812) Así, el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las Directivas en materia de contratos públicos (STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*), de manera que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar las ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (STJUE de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*), exigiendo dicho principio que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes (STJUE de 14 de diciembre de 2004, *Arnold André*).

(813) Véase Informe JCCA número 36/2004, de 7 de junio.

(814) Véanse lo señalado por el Tribunal de Cuentas en su Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el mismo, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y las Resoluciones del TACRC números 69/2012, de 21 de marzo, y 207/2013, de 5 de junio.

(815) Véase la Resolución del TACRC número 133/2011, de 4 de mayo.



no cumplir con las especificaciones técnicas del contrato, y cuándo se consideran como mejoras a valorar como criterios de adjudicación (816).

– Que ha de indicarse también en el anuncio de licitación con expresión de los elementos y condiciones en que quedará autorizada su presentación.

– Que, en los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, no podrán rechazarse una mejora porque, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios.

Ahora bien, también introduce las siguientes novedades:

– Especifica que existirá suficiente concreción en los pliegos (817) cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mejoras (818), así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato (819).

– Señala que podrán hacer referencia a determinadas funcionalidades que puedan tener los bienes, obras o servicios objeto del contrato, o a la satisfacción adecuada de determinadas necesidades.

(816) Véase la Resolución del TACRC número 301/2012, de 21 de diciembre, en la que, en un contrato de servicios de vigilancia y seguridad de diversos centros del Instituto Nacional de la Seguridad Social en Murcia, un licitador manifestó que no prestaría determinados servicios contemplados en el PPT (conexión a central de alarmas, servicio de «acuda» y mantenimiento del sistema de video-vigilancia) por considerarlos como mejoras objeto de valoración mediante juicio de valor, de acuerdo con los criterios establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, e indicaba que *«por lo tanto estos apartados de nuestra propuesta deberán ser valorados con cero puntos, en el hipotético caso que esta empresa resultara adjudicataria del expediente, estos servicios se deberán contratar de forma independiente con nuestra empresa o cualquier otra del sector»*. El órgano de contratación, a la vista de la duda sobre dichos extremos, decidió hacer una interpretación amplia y considerar que se trataba de mejoras, que eran de prestación obligatoria por parte del adjudicatario. El Tribunal señala que *«Puesto que esta última interpretación es la que han hecho tanto el Órgano de contratación, como la recurrente y la propuesta como adjudicataria, este Tribunal no considera necesario pronunciarse sobre la misma»*. Sin embargo, los autores de esta obra consideran que situaciones como la relatada deben tratar de eludirse a toda costa.

(817) En el artículo 241.3.d) de la LCSP para el contrato de obras a tanto alzado y con precio cerrado (sobre determinados elementos o unidades de obra que deban ser ofertadas por precio cerrado, con proyecto básico y proyecto de construcción de las variantes ofertadas, para su preceptiva supervisión y aprobación), y artículo 248.5 de la LCSP para contrato de concesión de obras.

(818) Como ejemplo de una cláusula de mejoras que no resulta adecuada, por su carácter generalista y sin ponderación, puede señalarse la siguiente: *«Presentar propuestas que, sin aumento de coste, puedan mejorar la calidad tanto del servicio como de los equipos»* (véase la Resolución del TACRC número 16/2012, de 13 de enero).

(819) Véase las Resoluciones del TACRC números 133/2011, de 4 de mayo, 318/2011, de 14 de diciembre y 16/2012, de 13 de enero. En las mismas se analizaron las siguientes cláusulas que se declararon inadecuadas:

– *«C) Mejoras o aportaciones que se efectúen sobre los mínimos fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas, excepto la bolsa de horas. Hasta un máximo de 15 puntos»*: Por su parte, en el anexo 5 del pliego a propósito de la documentación técnica que ha de incluirse en el sobre 2 se señalaba: *«Relación de mejoras ofertadas, en el caso de que se propongan, excepto bolsa de horas que se incluirá en el sobre 3, tal como se indica en el apartado siguiente. Las mejoras o aportaciones adicionales ofertadas, sobre los mínimos fijados en el Pliego de Prescripciones Técnicas, se valorarán en función de su adecuación o idoneidad para la ejecución del objeto del contrato. Asimismo, se tendrán en consideración los aspectos que redunden en la calidad del servicio, especialmente los aspectos referidos a la innovación y la incorporación de alta tecnología para la ejecución del contrato. En caso de que no se oferten mejoras se incluirá un escrito indicando que no se proponen mejoras.»*

– *«Presentar propuestas que, sin aumento de coste, puedan mejorar la calidad tanto del servicio como de los equipos.»*



5. *Aplicación de los criterios*

El artículo 146.2 de la LCSP complementa el citado artículo 145.6 señalando que la aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará por los siguientes órganos:

1. En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, cuando los criterios basados en un juicio de valor superen porcentualmente a los que resulten evaluables de forma automática, corresponderá:

- A un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de 3 miembros, que podrán pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato (820), o,
- A un organismo técnico especializado (821), debidamente identificado en los pliegos.

2. En los restantes supuestos:

- A la mesa de contratación, si interviene, o
- A los servicios dependientes del órgano de contratación.

En ambos casos, se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 párrafo segundo y 157.5 de la LCSP.

6. *Dinámica*

El artículo 157 de la LCSP dispone, a diferencia de lo que se señalaba en el artículo 160 del TRLCSP, que la mesa de contratación y no el órgano de contratación procederá a actuar de modo consecutivo de la siguiente manera:

1. Calificará la documentación relativa a la capacidad y aptitud para contratar [personalidad y capacidad jurídica, solvencia o en su caso clasificación, y ausencia de prohibiciones para contratar (822)], que deberá presentarse en un sobre o archivo electrónico, y posteriormente procederá de la siguiente forma:

- Cuando se utilice el sistema de coste-eficacia (2 sobres o archivos electrónicos), analizará la proposición presentada en un sobre o archivo electrónico distinto al que contenga los requisitos a los que se ha hecho mención en el párrafo anterior.

(820) Véase Informe JCCA número 28/2009, de 1 de febrero de 2010.

(821) Véanse la Resolución del TACRC número 207/2013, de 5 de junio, e Informe JCCA 34/2009, de 25 de septiembre.

(822) Artículo 140 de la LCSP.



– Cuando se aplique el sistema de calidad-precio (3 sobres o archivos electrónicos), es decir, se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas.

En el caso de que algún licitador no hubiese presentado su proposición de la manera indicada, la mesa deberá excluir al mismo del proceso contractual (823) por vulneración del citado artículo 157 y del artículo 139.2 de la LCSP que consagra el deber de secreto, salvo que se comprobase que la información desvelada no se encontraba sujeta a valoración (824).

2. Procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación (825) al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario.

El artículo 146.2.b) párrafos tercero y cuarto de la LCSP señala que, en todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (826) se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello (827). A tenor del artículo 27 del Real Decreto 817/2009, que a juicio de los autores de esta obra mantiene su vigencia en cuanto no se opone al contenido de

(823) Véase la Resoluciones del TACRC números 14/2010, de 26 de noviembre, 299/2011, de 7 de diciembre, y número 95/2012, de 18 de abril, e Informe JCCA número 62/2008, de 2 de diciembre.

(818) Véase la Resolución del TACRC número 14/2010, de 26 de noviembre, e Informe JCCA número 62/2008, de 2 de diciembre.

(825) Véase Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 91/2015, de 17 de junio, sobre condiciones necesarias para que el órgano de contratación se pueda separar de la propuesta de adjudicación formulada por la mesa de contratación.

(826) Véase Resolución del TACRC número 796/2015, de 11 de septiembre, sobre la no aplicación de la discrecionalidad en los casos de criterios de valoración automática.

(827) Véase la Resolución del TACRC número 207/2013, de 5 de junio). La razón de fondo de esta reforma respecto de lo previsto en el TRLCAP se fundamenta en que solía ser bastante frecuente, como así puso de manifiesto el Tribunal de Cuentas (Informes de Fiscalización del Tribunal de Cuentas sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (TGSS, INSS, ISM, INGESA y IMSERSO), durante los ejercicios 2004 y 2005 (aprobado por el Pleno en sesión de 26 de abril de 2007, Suplemento del BOE número 8 Miércoles 9 de enero de 2008), e Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas, aprobada por la Resolución de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas de 8 de abril de 2014), que cuando la documentación acreditativa de todos ellos se presentaba en un solo sobre la dinámica de una mesa de contratación se viese seriamente afectada por el conocimiento de la oferta económica presentada por los licitadores con merma de la mesurada valoración del resto de criterios (véase la STSJ de la Comunidad de Madrid de 29 de noviembre de 2013 con cita de Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 15 de junio de 2011).

la LCSP, esta evaluación deberá tener lugar en un plazo no superior a 7 días a contar desde la apertura de la documentación relativa a la aptitud para contratar pudiendo subsanarse los errores u omisiones observados siempre que se respete el plazo señalado.

La citada evaluación previa mediante criterios no cuantificables por medio de la mera aplicación de fórmulas se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que sí serán evaluados de este modo (828). Con esta redacción imperativa, a juicio de los autores de esta obra, el artículo 146.2.b) párrafo cuarto de la LCSP suprime la salvedad, que se establecía en el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2009, en relación a que dicha publicidad podía no declararse siempre que así se estableciera en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas.

Del acto o actos que acuerde la mesa de contratación, según lo ya señalado en los párrafos anteriores, se levantará el correspondiente acta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87.3 del RGTRLCAP que continúa vigente, a juicio de los autores de esta obra, en cuanto no se opone a lo previsto en la LCSP (829). Dicho precepto determina que se levantará acta que refleje fielmente lo sucedido y que será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presente sus declaraciones o reservas, con lo que puede afirmarse que el contenido del acta será el de reflejar *«fielmente lo sucedido»*. Por tanto, deberá hacerse constar todo lo que hubiera acaecido en el mismo, siendo la mesa de contratación la que, como órgano competente para dirigir la licitación, deberá decidirlo y hacerlo constar así. Este contenido deberá respetar lo dispuesto en el artículo 18 de la LRJSP, y, por lo tanto, deberá especificar los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Respecto de los licitadores, el citado artículo 87.3 prevé que el acta será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación *«y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas»*, por lo que la cuestión estribará en determinar a quienes se refiere este precepto. La mesa de contratación es un órgano administrativo colegiado. Como tal órgano, en su acta solo pueden aparecer las manifestaciones u observaciones hechas por sus miembros. Sin perjuicio de ello, la mesa interviene en un acto que afecta a los licitadores que concurren al mismo, por lo que debido a esa exigencia de ser el acta un *«reflejo fiel»* de lo su-

(828) Véanse las Resoluciones del TACRC números 59/2012, de 22 de febrero, y 1046/2015, de 13 de noviembre, sobre el contenido del acto público de apertura de ofertas en el que no es necesario realizar la lectura completa de las ofertas, siempre que se garantice el acceso a la documentación una vez celebrado el acto.

(829) Véase Informe JCCA número 54/2010, de 15 de diciembre de 2011.



cedido en el mismo, en ella podrán hacerse constar las observaciones de los licitadores siempre, eso sí, según el criterio de los miembros de la misma mesa de contratación.

7. *Criterios de desempate*

Hasta la entrada en vigor de la LCSP en el TRLCSP, en caso de igualdad entre dos o más ofertas, la adjudicación se decidiría, si así no se había previsto en los pliegos de cláusulas administrativas algún sistema específico (por ejemplo, a tenor de lo previsto en la disposición adicional cuarta del TRLCSP sobre contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro), realizando, a tenor de lo previsto en el artículo 87.2 del RGTRLCAP que a juicio de los autores de esta obra ha de entenderse derogado (830), un sorteo entre los diferentes licitadores implicados en el empate en función del criterio precio.

El artículo 147 de la LCSP regula de la siguiente manera cómo deshacer los empates que se hubieran podido producir entre dos o más licitadores, una vez aplicados los criterios de adjudicación previstos en los pliegos de un determinado contrato:

1. Han de recogerse en los pliegos de cláusulas administrativas como criterios específicos.
2. Deben estar vinculados al objeto del contrato.
3. La documentación acreditativa será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo.
4. Se referirán a alguna de estas situaciones:

– En contratos en general:

- Porcentaje de trabajadores con discapacidad (831) superior al que les imponga la normativa en el momento del vencimiento del plazo de presentación de ofertas. Si varias empresas licitadoras lo acreditaran, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

- Propositiones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

(830) Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la LCSP.

(831) Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.



- Propositiones de empresas de inserción que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración (832).

En determinados tipos de contratos:

- Contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial.

- Contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo, las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo.

5. En caso de que no se hayan previsto dichos criterios específicos en los pliegos, el empate se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales (833), referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:

– Por el mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.

– Por el menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.

– Por el mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.

– Por sorteo.

8. *Renuncia a la revisión de precios*

También se puede plantear que en unos pliegos de cláusulas administrativas particulares se contemple como criterio de adjudicación el «*porcentaje de renuncia o minoración de revisión de precios que corresponde al presente contrato*», planteándose la posible procedencia de incluir dicho pacto.

En relación a dicho asunto, es preciso recordar que, aunque la revisión de precios tiene por objeto mantener la vigencia del principio del equili-

(832) Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

(833) Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública.



brio económico del contrato, de modo que el contratista o concesionario obtenga por la prestación del servicio una justa remuneración que le permita cubrir sus costes, amortizar los elementos del activo y obtener el margen normal de beneficio industrial, sin embargo es preciso recordar que su aplicación se configura como una medida de carácter excepcional, en cuanto pugna con una serie de principios básicos de la contratación administrativa, como son el de riesgo y ventura, el de precio cierto y el de inmutabilidad del contrato, razón por la cual las estipulaciones que contengan la revisión de precios deben ser interpretadas con carácter restrictivo, excluyendo interpretaciones analógicas o ampliaciones no previstas expresa y categóricamente en ellas (834).

A la vista de dichas premisas, deben tenerse en cuenta las siguientes condiciones:

– Ha de no haberse previsto que el contrato no admitirá revisión de precios pues ello impediría, lógicamente, tener en cuenta su renuncia como criterio de adjudicación contractual (835).

– Una vez cumplida la condición señalada en el párrafo anterior, si se hubiese establecido habrá de estarse al contenido de las cláusulas pactadas y, las mismas, deben ser interpretadas restrictivamente.

– Será posible la introducción de cláusulas en las que el contratista renuncie expresamente a la revisión de precios (836), siempre que sus términos y motivación fueran aceptados voluntariamente por el licitador tanto al concurrir al contrato como al formalizar el propio contrato (837).

– Su licitud partirá de lo dispuesto en la LCSP y en el artículo 1255 del Código Civil, por lo que habrá que atender a lo convenido a tal respecto en cada específico supuesto y al momento de la formalización o de adjudicación del contrato como momento de perfección del mismo (838).

9. *Experiencia*

En cuanto este asunto, es preciso resaltar lo ya señalado en esta obra en relación a que la experiencia, a juicio de los autores de esta obra, solamente puede considerarse como un requisito de capacidad y aptitud para contratar pero no como un criterio de adjudicación (839).

(834) STS de 18 de marzo de 1999, citada en la SAN de 10 de julio de 2013.

(835) Artículo 103 de la LCSP.

(836) STS de 22 de marzo de 1985.

(837) SSTS de 30 de junio de 2009, de 21 de julio y de 22 de noviembre de 2011.

(838) STS de 11 de diciembre de 1991.

(839) Véanse la Resolución del TACRC número 194/2012, de 12 de septiembre, y los Informes JCCA números 13/1998, de 30 de junio, 29/1998, de 11 de noviembre, y 22/2000, de 6 de julio, y 17/2011, de 15 de diciembre.



En este sentido, cabe recordar que según se desprende de las Directivas comunitarias sobre contratación pública y de la normas españolas de transposición, la experiencia es requisito que puede justificar la solvencia del empresario en la fase de verificación de su aptitud, pero no puede utilizarse como criterio de adjudicación (840). A igual conclusión se llega de la mano de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (841), en la que se afirma que en el sistema de la Directiva la verificación de la aptitud de los empresarios y la adjudicación del contrato son dos operaciones diferentes regidas por reglas también diferentes, declarando, en definitiva, que el criterio de la experiencia específica para la obra a realizar es un criterio legítimo de capacidad técnica para verificar la aptitud de los empresarios.

10. *Caso del procedimiento abierto simplificado*

El artículo 159 de la LCSP regula la nueva figura del procedimiento abierto simplificado en sus versiones, ordinaria (contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 de euros, y contratos de suministros y de servicios con valor estimado igual o inferior a 100.000 euros), y, abreviada (contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o inferior a 80.000 de euros, y contratos de suministros y de servicios, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, con valor estimado igual o inferior a 35.000 euros).

Para la aplicación de este procedimiento de adjudicación, con plazos de publicidad y concurrencia más breves, resulta preciso que, sobre los criterios de adjudicación, se cumplan estas reglas:

– Que, en la versión ordinaria del procedimiento abierto simplificado, pueda aplicarse el sistema de calidad-precio pero, en este caso, no ha de haber ningún criterio de adjudicación basado en juicio de valor o, de haberlo, se han de cumplir las siguientes condiciones:

- Que no supere el 25 por ciento del total.
- Que, en caso de que el contrato tuviera por objeto prestaciones de carácter intelectual, dicha ponderación fuera igual o inferior al 45 por ciento del total.

– Que, en la versión abreviada del procedimiento abierto simplificado, los criterios de adjudicación deberán ser cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.

(840) Véanse los Informes JCCA números 13/1998, de 30 de junio, cuyas conclusiones son reiteradas en los informes 29/1998, de 11 de noviembre, y 22/2000, de 6 de julio.

(841) STJUE de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87- «Beentjes»).



11. *Licitación desierta: Su carácter restrictivo*

El artículo 150.3 párrafo segundo de la LCSP establece al igual que hacía el artículo 151.3 párrafo segundo del TRLCSP, que no podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

Esta cuestión, a juicio de los autores de esta obra, produce cierta perplejidad ya que imposibilita que el órgano de contratación pudiera declarar desierta una adjudicación si observase que lo acontecido durante el proceso de contratación ha ocasionado que la adjudicación se hubiese producido por un precio superior al valor de mercado. El órgano de contratación no dispone de ningún resorte jurídico para detener el proceso de adjudicación cuando, por su dilatada experiencia, conociera dicha situación cuando, sin embargo paradójicamente, la propia LCSP en su artículo 102.3, como también se recogía en el artículo 87.1 del TRLCSP, le encarga imperativamente de cuidar que *«el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados»*.

i) CONTRATOS MENORES

La regulación que se efectúa en la LCSP (arts. 118 y 131) respecto de esta figura del contrato menor difiere de la que se recogía en el TRLCSP (arts. 111 y 138) en algunos aspectos dignos de resaltar:

1. Ciñe su aplicación a los contratos de obras, suministros y servicios (842), toda vez que ya no se hace en el artículo 118.1 la referencia que se recogía en el artículo 138.3 párrafo segundo del TRLCSP a *«otros contratos»*.

2. Establece, en el artículo 118.1, unos nuevos límites más bajos de valor estimado para poder celebrar este tipo de contratos. Ahora, se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En relación a este aspecto resulta necesario tener muy en cuenta que, a juicio de los autores de esta obra seguramente por un olvido en la redac-

(842) Sobre la admisión en los contratos privados celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador, véase Informes JCCA números 18/2007, de 26 de marzo, 47/1998, de 2 de marzo, y 67/1996, de 18 de diciembre.

ción de la LCSP, a pesar de que en la disposición final primera.³ se indica que el citado artículo 118.1 tendrá el carácter de básico, es decir, que resulta de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas, sin embargo no ha declarado, como sí hacía el TRLCSP (843), que los límites que en el mismo se recogen tendrán el carácter de máximos pues ahora se realiza en referencia exclusiva al artículo 131.4 de la LCSP, en relación a los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia (844), cuando debería hacerse extensivo no solo al apartado 4 sino también al 3 del mencionado precepto que se remite al citado artículo 118.1 de la LCSP.

Lo señalado arroja una sombra de duda sobre el sistema de contratación ya que permitiría que dichos límites no fueran de aplicación obligatoria para las Comunidades Autónomas lo que rompería el principio de unidad que se había venido manteniendo hasta el momento presente.

3. Con la observación realizada, resulta aún más paradójico si cabe que el artículo 118.3 (845), que tiene el carácter de básico a tenor de la disposición final primera.³ de la LCSP, señale lo siguiente:

- Que en el expediente de contratación se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación.
- Que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el artículo 118.1, añadiendo que el órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla, con exclusión de los supuestos que permitan aplicar un procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas y de protección de derechos exclusivos del artículo 168.a).^{2.º}

(843) Disposición final segunda.³

(844) Incorpora a dicho precepto la disposición adicional vigésima cuarta del TRLCSP.

(845) Hasta el 1 de junio de 2018, fecha de cierre de la presente obra, la situación de los informes emitidos por los diversos órganos consultivos, por orden cronológico, es la siguiente:

- Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

- Informe JCCPE expediente 42/2017, de 2 de marzo de 2018, sobre interpretación del artículo 118.3 de la LCSP.

- Decreto de 27 de marzo de 2018 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 1/2018 sobre los contratos menores en el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del Sector Público Municipal.

- Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 1/2018, de 11 de abril, sobre adjudicación de los contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

- Recomendación 1/2018, de 11 de abril, de la Junta Asesora de Contratación Pública de País Vasco sobre contratos menores a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

- Informe 1/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (comisión permanente). Asunto: Límites a la contratación menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

- Informe Xunta Consultiva de Contratación de Galicia 1/2018, de 25 de abril de 2018, sobre interpretación del apartado 3º del art. 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Respecto a la interpretación de este apartado 3 del mencionado artículo 118, cabe realizar las siguientes consideraciones:

– Sobre su alcance:

La JCCPE (846) ha señalado la siguiente postura que es compartida por los autores de esta obra:

En el expediente de contratación propio de los contratos menores, habrá que justificar la concurrencia de dos circunstancias cumulativas y conectadas con un fin último coincidente:

- Que el objeto del contrato no se modifica de forma fraudulenta, de modo que aquél se mantiene incólume a los efectos de evitar un indebido fraccionamiento del contrato cuya finalidad sea prescindir de la aplicación de las reglas generales de la contratación pública. Tal efecto es el propio de la fragmentación artificiosa del contrato con el fin de cumplir con los umbrales que permiten acudir al contrato menor, obviando injustificadamente la aplicación de las reglas sobre publicidad y requisitos para contratar en los contratos de cuantía superior.
- Que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido.

Por esta razón es menester acudir a otros criterios de interpretación de los contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil y, entre ellos, en este caso en particular al espíritu y finalidad que la norma descrita persigue en su conjunto. Bajo esta premisa parece claro que la interpretación separada de los dos requisitos que cita el precepto conduce al absurdo, de modo que, como ya se ha señalado, procedería considerar ambas condiciones como cumulativas y conectadas con un fin último coincidente. Como se ha visto, tal fin es precisamente la proscripción de la división arbitraria del contrato con la finalidad de defraudar los umbrales establecidos para el contrato menor, lo que resulta plenamente congruente con el contenido de la segunda condición que venimos tratando en la medida en que la forma habitual de fraude consiste, en este caso, en la realización sucesiva de contratos menores con el mismo objeto exactamente, esto es, refiriéndose a un contrato que debió ser tratado como una unidad tanto en el aspecto económico como en el aspecto jurídico. Esta interpretación permite lograr con facilidad la finalidad perseguida por la norma, pero impide que un excesivo rigorismo en su interpretación conduzca a resultados tales como la imposibilidad de ejecutar sucesivos contratos menores por parte de un operador económico en varios supuestos:

- cuando sus objetos sean cualitativamente distintos o

(846) Informes JCCPE números 41/2017, de 1 de marzo (Ayuntamiento de Baeza), y 42/2017, de 2 de marzo de 2018 (Ayuntamiento de Andújar).

- cuando, siendo las prestaciones que constituyen su objeto equivalentes, no haya duda alguna de que no constituyen una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico (847).

Es evidente, que cuando el legislador alude a la no existencia de un contrato menor anterior con la misma entidad contratista que, individual o conjuntamente supere los umbrales, la finalidad de la norma es proscribir la posibilidad de que se pueda burlar el límite cuantitativo del contrato menor mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos. Por eso, la mención contenida en la ley a esta segunda condición no se convierte en baladí o innecesaria en modo alguno. Por el contrario, llama la atención del exégeta sobre la necesidad de que el órgano de contratación (en el sentido que marca la ley en el artículo 101.6) evite la realización de esta conducta mediante la celebración sucesiva de contratos menores cuyo objeto deba considerarse como una unidad.

Por esta razón, la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida y que, por consecuencia, debe ser objeto de la necesaria justificación, consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos:

- bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o
- bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores.

(847) Sobre este concepto de «unidad» del objeto contractual, es preciso señalar que la misma ya no se recoge expresamente en el artículo 99.3 de la LCSP como, sin embargo, sí se hacía en el artículo 86.3 párrafo primero del TRLCSP cuando disponía que «*Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto*».

Respecto a dicho asunto, véase sobre el concepto de unidades funcionales, a las que se refiere el artículo 101 de la LCSP, la contestación a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Málaga, Expediente JCCPE número 0009/18. En el mismo, se alcanzan las siguientes conclusiones:

- Para la licitación de un contrato público, en los supuestos en que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté caracterizada por gozar de una financiación específica y de competencia propia para celebrar un contrato, el valor estimado se calculará al nivel de la unidad de que se trate.
- Cuando se den las anteriores circunstancias el contrato tendrá autonomía y sustantividad respecto de los que puedan celebrarse en la misma entidad pública contratante.



A juicio de los autores de esta obra, que coincide con el manifestado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (848), el artículo 118.3 de la LCSP resultará aplicable a la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, recogida en la disposición adicional novena de la LCSP, por la remisión en bloque que hace al mencionado artículo 118, salvo la relativa a la duración de este contrato en relación a la del contrato menor que tendrá su importancia desde el punto de vista que se analiza a continuación.

– Sobre el límite temporal que ha de darse al alcance de las limitaciones recogidas en el artículo 118.3, también se ha pronunciado la JCCPE (849) en los siguientes términos, que son compartidos solo parcialmente por los autores de esta obra:

- Debe ser el que la propia LCSP marca en el artículo 29 respecto de la duración de los contratos menores. De esta manera, por encima de este periodo de un año, la prevención que se establece en la norma resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Bajo este criterio, por tanto, si la separación entre los contratos menores excede de un año, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.

Frente a este planteamiento, cabe considerar que en la labor interpretativa del mencionado artículo 118.3 de la LCSP no debería olvidarse cuál fue su origen en vía parlamentaria para, en su caso, dirimir cuál fue la verdadera intencionalidad del Legislador. En el indicado sentido, la enmienda (850), que dio lugar a la introducción en el proyecto de ley del contenido del mencionado apartado como mejora técnica, disponía lo siguiente:

«3. En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y el contratista no haya suscrito más contratos menores en la misma anualidad, lo que comprobará el responsable del contrato.»

Como puede apreciarse, los términos de dicha enmienda se refieren a «la misma anualidad» no al período de duración del contrato menor. Por dicho motivo, los autores de esta obra entienden, coincidiendo con lo manifestado sobre el particular por la Junta Consultiva de Contratación

(848) Informe de la Junta Consultiva de Aragón número 3/2018, de 13 de febrero.

(849) Informes JCCPE números 41/2017, de 1 de marzo (Ayuntamiento de Baeza), y 42/2017, de 2 de marzo de 2018 (Ayuntamiento de Andújar).

(850) BOCG, Serie A: Proyectos de Ley 16 de marzo de 2017 Núm. 2-2; 121/000002 Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, Enmienda núm. 583, Firmante: Grupo Parlamentario Socialista.



Administrativa de Aragón (851), por el Ayuntamiento de Madrid (852), y por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (853) que la incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores en los términos del artículo 118.3 se aplicará sobre la base del ejercicio o anualidad presupuestaria.

- Este plazo debe contarse desde el momento de la aprobación del gasto a que se alude en el mismo artículo 118. Otra opción, como el cómputo por año natural no tendría mucho sentido para los contratos ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente.

- Como ya se ha señalado, la JCCPE entiende que, al hilo del límite temporal de 1 año previsto para los contratos menores, por encima de este periodo la prevención que se establece en el artículo 118.3 resultaría inaplicable fuera de los supuestos en que, a pesar del tiempo transcurrido, existiese un auténtico fraude. Sin embargo, da un paso más (854) que no es compartido por los autores de esta obra:

Así señala que si se celebra un contrato menor antes de la entrada en vigor de la LCSP, el periodo de 1 año, a que se refiere el artículo 29, puede y aún debe contarse hacia atrás en el tiempo desde la fecha en que se celebre el primer contrato menor conforme a la LCSP. Aunque la JCCPE insiste en que no se trata de otorgar efectos retroactivos a la disposición legal nueva, sino de garantizar el efecto de la norma para lo cual se tiene solamente en cuenta el contrato precedente, a juicio de los autores de esta obra, supone una interpretación que, a la vista de que la propia LCSP no regula expresamente dicho aspecto, sí invade el principio de irretroactividad de las leyes oponiéndose a lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil.

- Como ya se ha señalado, a juicio de los autores de esta obra, que coincide con el manifestado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (855), el mencionado límite temporal, cualquiera que sea la postura que se aplique, no resultará aplicable a la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, recogida en la disposición adicional novena de la LCSP.

(851) Informe de la Junta Consultiva de Aragón número 3/2018, de 13 de febrero.

(852) Decreto de 27 de marzo de 2018 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 1/2018 sobre los contratos menores en el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal.

(853) Informe 1/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, de 11 de abril, sobre adjudicación de contratos menores en la nueva ley de contratos del sector público.

(854) Informe JCCPE número 5/2018, de 2 de marzo (Diputación de Almería).

(855) Informe de la Junta Consultiva de Aragón número 3/2018, de 13 de febrero.



– Sobre la constancia de la comprobación por parte del órgano de contratación del cumplimiento de las limitaciones establecidas en el artículo 118.3 (856), la norma se limita a señalar que el órgano de contratación debe comprobar su cumplimiento. No se establece un modo concreto de comprobación ni tampoco un sistema de constancia documental en el expediente, a diferencia de lo que ocurre con la justificación inicial.

Más bien se trata de una fórmula que garantiza un control *ex ante* y un control *ex post* por parte del órgano de contratación. En cualquier caso, al tratarse de una norma de carácter imperativo y, por tanto, de una conducta obligatoria para el órgano de contratación, es recomendable que quede constancia documental del control ulterior realizado por aquél, sin que tal control esté sometido a requisito formal alguno.

En relación a dicha cuestión cabe añadir, de la mano del Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (857), dos cuestiones adicionales:

- Que la mencionada comprobación corresponderá al órgano de contratación porque el propio precepto se refiere expresamente a que serán los órganos de contratación los que verificarán el cumplimiento de la regla de incompatibilidad.

Por tanto, la adjudicación de contratos menores por parte de un órgano de contratación no impedirá que otros órganos de contratación de la misma entidad contratante adjudiquen contratos al mismo operador económico, ni consumirá el importe al que como máximo pueden ascender los contratos menores cuando se adjudiquen por otros órganos de contratación de la misma entidad.

- Que, a juicio de los autores de esta obra y sin perjuicio de lo señalado, esta obligación de comprobación por parte del órgano de contratación no podrá obviarse en función del sistema de pago y de la naturaleza de los créditos (858) (presupuestarios –mandamientos en firme o a justificar– o extrapresupuestarios –anticipo de caja fija–).

– Sobre el informe de necesidad (859), se decanta porque sea realizado por el titular del órgano de contratación, sea cual sea éste, salvo que dicha competencia haya sido delegada en los términos legalmente establecidos, de modo equivalente al previsto en el artículo 116 de la LCSP y

(856) Informes JCCPE números 41/2017, de 1 de marzo (Ayuntamiento de Baeza), y 42/2017, de 2 de marzo de 2018 (Ayuntamiento de Andújar).

(857) Informe de la Junta Consultiva de Aragón número 3/2018, de 13 de febrero.

(858) Así lo entendió el Ayuntamiento de Madrid en el Decreto de 27 de marzo de 2018 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 1/2018 sobre los contratos menores en el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal.

(859) Informes JCCPE números 41/2017, de 1 de marzo (Ayuntamiento de Baeza), y 42/2017, de 2 de marzo de 2018 (Ayuntamiento de Andújar).



que difiere de otros casos como, por ejemplo, el del artículo 146.1.b) que hace referencia a los servicios dependientes del mismo. Tal conclusión descarta que el informe de necesidad, que debe tener un contenido sustantivo y propio, pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio. Se trata de figuras diferentes.

Junto con estas novedades principales, la LCSP introdujo también las siguientes:

– Se exigirá que en su tramitación se incorpore un informe del órgano de contratación en el que, a tenor del artículo 28 de la LCSP, se motive la necesidad de celebrar el contrato (art. 118.1 párrafo segundo).

– En ningún caso podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores (860) (art. 308.2).

– Se perfeccionarán, al igual que los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, con la adjudicación (arts. 36.1 y 37.2).

Se acreditará su existencia con los documentos a los que se refiere el artículo 118 (art. 153.2). En relación al citado asunto, el artículo 72.1.g) del RGTRLCAP (861), que continúa vigente a juicio de los autores de esta obra en cuanto no se opone a lo previsto en la LCSP, establece que, aunque en la factura se contendrá la «*Firma del funcionario que acredite la recepción*», ello ha de interpretarse en sentido amplio de que no es preciso que se trate, en todo caso, de un funcionario, sino que basta con que se acredite la recepción de conformidad por la naturaleza flexible y simplificadora del régimen jurídico de los contratos menores (862).

– Se publicarán de forma, al menos, trimestral en el perfil de contratante, según lo que ya se ha analizado en esta obra (arts. 118.4 y 154.5).

Por otra parte, en la LCSP se mantienen invariables los siguientes aspectos respecto de la regulación que se hacía en el TRLCSP:

(860) En relación a esta limitación, conviene recordar la prohibición en materia de cesión ilegal de trabajadores (Instrucciones de 28 de diciembre de 2012, dictadas conjuntamente por las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores).

(861) Dicho precepto establece que «*en los contratos menores podrá hacer las veces de documento contractual la factura pertinente, que ... deberá contener las siguientes menciones: a) Número y, en su caso, serie. La numeración de las facturas será correlativa. b) Nombre y apellido o denominación social, número de identificación fiscal y domicilio del expedidor. c) Órgano que celebra el contrato, con identificación de su dirección y del número de identificación fiscal. d) Descripción del objeto del contrato, con expresión del servicio a que vaya destinado. e) Precio del contrato. f) Lugar y fecha de su emisión. g) Firma del funcionario que acredite la recepción.*»

(862) Véase Informe JCCA número 17/2005, de 29 de junio.

– Se requerirá para su tramitación, como mínimo (863), la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente (art. 118.1 párrafo segundo), bien en soporte físico (864) bien en soporte electrónico (865).

En caso de que se tratara de un contrato menor de obras, deberá añadirse, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran, y, además, el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra (art. 118.2, que es no básico a tenor de la disposición final primera.³ de la LCSP).

– Podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (art. 131.3), es decir, como ya se ha señalado en esta obra, que ejerza la actividad legalmente de modo que se evite contratar con meros intermediarios que, por sí mismos, no cuentan con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación de que se trate (866).

– No admite prórroga (art. 29.8) ni revisión de precios (art. 103.5).

– Admite dos tipos de contratos menores de naturaleza especial:

- Los citados contratos para la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, en cuyo caso para su tramitación bastará que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución (art. 131.4).

- Los relativos a la suscripción a revistas y otras publicaciones, acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y, en su caso, la contratación de los servicios necesarios para ello, siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada (disposición adicional novena).

(863) Disposición final primera.³ de la LCSP.

(864) Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

(865) Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, Orden HAP/1074/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas, y Resolución de 25 de junio de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen las condiciones de uso de la plataforma FACe-Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado.

(866) Véanse las Resoluciones del TACRC números 8/2011, de 2 de febrero, 16/2012, de 13 de enero, y 37/2012, de 3 de febrero.



6. FASE EXTERNA: ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A. Planteamiento general

Una vez que el expediente de contratación ha sido aprobado por el órgano de contratación (867) se inicia la fase externa, en la que empieza a tomar cuerpo lo previsto en la fase interna, es decir, en la que, como ya se ha señalado en esta obra, ha debido de quedar perfectamente determinada la estrategia contractual. De lo que se trata es de comunicar al tráfico jurídico que la Administración ha decantado su voluntad de celebrar un determinado contrato y que se ha autoimpuesto en los pliegos de cláusulas administrativas o en el contrato una determinada hoja de ruta con el fin de seleccionar a un contratista que haya presentado la mejor oferta.

Si, por el motivo que fuera y una vez publicitado el contrato, hubiera necesidad de modificar alguna o algunas cláusulas de los pliegos, habría que adoptar, a juicio de los autores de esta obra, la decisión de desistir del procedimiento de adjudicación o de no adjudicar o celebrar el contrato, a tenor de lo previsto en el artículo 152 de la LCSP. Para ello, el órgano de contratación procedería a notificárselo a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato, por estar sujeto a regulación armonizada, haya sido anunciado en el DOUE, y a compensar a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común (868).

(867) El Artículo 117 al igual que hacía el artículo 110.1 TRLCSP y que tenía redacción similar al artículo 69.1 del TRLCAP. Como señala el artículo 117.1 de la LCSP: *1. Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto, salvo el supuesto excepcional que el presupuesto no hubiera podido ser establecido previsto en la letra a) del apartado 3 del artículo 150, o que las normas de desconcentración o el acto de delegación hubiesen establecido lo contrario, en cuyo caso deberá recabarse la aprobación del órgano competente. Y añade la LCSP respecto al anterior TRLCSP: Esta resolución deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante.*

(868) Dado el carácter supletorio que tiene la LPACAP, a tenor de lo previsto en la disposición final cuarta.1 de la LCSP, resultarían aplicables los criterios de valoración recogidos en el artículo 34,2,3 y 4 de la LRJSP para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración que establecen lo siguiente:

– La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

– La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto

Solamente cuando hubiesen desaparecido las razones de interés público que motivaron la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación causante del desistimiento, podría procederse a impulsar una nueva licitación.

Asimismo, es preciso recordar en estos momentos lo ya señalado en esta obra sobre la problemática que puede derivarse del cómputo del último día de presentación de proposiciones o solicitudes de participación (869). Sin ánimo de repetir lo ya analizado, simplemente recordar que, a juicio de los autores de esta obra, lo más prudente sería que el órgano de contratación articulara alguna de las siguientes medidas a través de la cual se equipararan los efectos de la presentación de las ofertas y solicitudes de participación fuere cual fuera el medio empleado para la misma. A tal fin, debería incluirse una cláusula en los pliegos en la que, aparte de señalar si resulta procedente la presentación por medios electrónicos, se indicase que, para el caso de que no fuera así, la misma podría efectuarse, a tenor de lo previsto en la LCSP en relación con el artículo 80.2, 3 y 4 del RGTRLCAP que mantiene su vigencia en cuanto no se opone a su contenido, a través de los siguientes medios:

– De forma presencial: En la sede del órgano de contratación en el horario fijado al efecto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación, o en los diferentes registros públicos administrativos a lo largo del último día.

– Vía correo postal, siempre que el licitador no solamente acredite la fecha de imposición del envío sino que anunciara al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día. Aún con la concurrencia de ambos requisitos, si hubiesen transcurrido 10 días siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la documentación, ésta no será admitida en ningún caso.

Como ya se ha señalado en esta obra, en general, los principios de publicidad y concurrencia habrán de presidir los procedimientos adjudicación. Sin embargo, a medida que el procedimiento elegido restringe la aplicación de dichos principios, resulta obligado que el órgano de contra-

Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la LGP, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

– La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

(869) Tercera Parte: Aspectos Troncales, 8. Cómputo de plazos, C. Caso del último día de presentación de proposiciones o solicitudes de participación.



tación realice una motivación, si cabe aún más estricta, de las razones que obligan a aplicar dicho procedimiento (870).

De acuerdo con lo señalado, los procedimientos de adjudicación pueden clasificarse en procedimientos ordinarios, si respetan los citados principios, y en procedimientos extraordinarios si se produce una merma de los mismos.

El sistema previsto en la LCSP, que a continuación se va a comentar, se corresponde con el reflejado en el siguiente esquema:



Gráfico número 18

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

B. Procedimientos abiertos

a) INTRODUCCIÓN

Este procedimiento de adjudicación, que en la LCSP sufre importantes modificaciones respecto de lo que se establecía en el TRLCSP, sigue a pesar

(870) Véanse las Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

de todo siendo un procedimiento sencillo, lineal, que se desarrolla en una sola fase, en la que los licitadores, en unidad de acto, presentan, para acreditar las condiciones de aptitud para contratar requeridas por el órgano de contratación en los pliegos de cláusulas administrativas, el documento europeo único de contratación en el procedimiento abierto ordinario (871) o, en el procedimiento abierto simplificado, la certificación de estar inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma (872) y, en su caso, la declaración responsable que fuera precisa sobre determinados extremos que pudieran no estar comprendido en la misma (873), y su correspondiente proposición (874).

Por tanto, una vez publicado el anuncio de licitación en el boletín o diario oficial que corresponda, cualquier licitador podrá presentar su proposición en el plazo que corresponda.

b) PROCEDIMIENTO ABIERTO ORDINARIO

La principal novedad que se introduce en la LCSP, a juicio de los autores de esta obra, es que, a diferencia de la situación mantenida en el TRLCSP en el que la única manera de aligerar el cronograma de un contrato sujeto a regulación armonizada era haberlo publicitado al tráfico jurídico a través de un anuncio de información previa, ahora la LCSP permite alcanzar idéntico objetivo, además de a través de la publicación del anuncio de información previa, por medio de que el órgano de contratación declare motivadamente la declaración del expediente de contratación por el procedimiento de urgencia, a tenor del artículo 119 de la LCSP.

Efectivamente, los artículos 156 a 158 de la LCSP recogen dicha novedad y regulan los plazos de presentación de proposiciones y de publicación del anuncio de licitación de la siguiente manera:

1. Si el contrato se encuentra sometido a regulación armonizada, el anuncio de licitación ha de ser objeto de publicación en el DOUE y, además, en los diarios o boletines oficiales nacionales que corresponda.

Respecto a la publicidad individual comunitaria en el DOUE, la fijación del plazo de presentación de proposiciones dependerá de la siguiente alternativa:

-
- (871) Artículo 140.1.a) de la LCSP.
 - (872) Artículo 159.4.a) de la LCSP.
 - (873) Artículo 159.4.c) párrafo segundo de la LCSP.
 - (874) Artículo 139 de la LCSP.



– Para los contratos de obras, suministros y servicios, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 35 días, mientras que para los de concesiones de obras y servicios será de 30 días, contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

En los contratos de obras, suministros y servicios, el plazo general de 35 días podrá reducirse en los siguientes casos:

- Si el órgano de contratación hubiese enviado un anuncio de información previa, el plazo general de presentación de proposiciones podrá reducirse a 15 días. Esta reducción del plazo solo será admisible cuando el anuncio voluntario de información previa se hubiese enviado para su publicación con una antelación máxima de 12 meses y mínima de 35 días antes de la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para éste.

- Cuando el plazo general de presentación de proposiciones sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119 de la LCSP, el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

- Si, además, el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, el plazo general de presentación de proposiciones podrá reducirse en cinco días.

– Para los contratos de concesión de obras y de servicios, solamente se podrá reducir el plazo general de 30 días si es que el órgano de contratación hubiera previsto en los pliegos la presentación de ofertas por medios electrónicos.

2. Si el contrato no estuviera sujeto a regulación armonizada, el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a 15 días, y, en el caso de obras, de concesión de obras y concesión de servicios, a 26 días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil de contratante.

El artículo 156.5 de la LCSP introduce como novedad que, sin perjuicio de la obligación de publicar, en su caso, previamente el anuncio de licitación en el DOUE, en los procedimientos abiertos ordinarios la publicación del mismo en el perfil de contratante deberá hacerse, en todo caso, con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las proposiciones.



c) PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO

1. *Ordinario*

La LCSP, como se tendrá oportunidad de comentar a continuación a raíz de la nueva regulación que hace del procedimiento de licitación con negociación, con o sin publicidad, en la que se suprime la posibilidad de recurrir al procedimiento negociado sin publicidad por razón de valor estimado, introduce esta modalidad de procedimiento abierto simplificado, con la alternativa de que pudiera aplicarse en su versión abreviada, con la finalidad de que ambas puedan servir para que el órgano de contratación canalice a través de ellas los contratos de escasa cuantía que no puedan celebrarse como contratos menores por la limitación que se recoge en el artículo 118.3 de la LCSP.

La utilización de estos procedimientos, la limitación señalada que impone el órgano de contratación la obligación de no alterar el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación y de no suscribir con el mismo contratista contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el artículo 118.1 (40.000 euros para obras, y 15.000 euros para suministros y servicios), y la apuesta por las medidas de Gobernanza, especialmente a través del perfil de contratante, son, a juicio de los autores de esta obra, una apuesta clara para contener los supuestos de fraccionamiento del objeto contractual con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

El artículo 159.1 a 5 de la LCSP regula este procedimiento abierto simplificado ordinario que aparece caracterizado por las siguientes notas:

1. Solamente se podrá aplicar para contratos de obras, de suministros y de servicios en los que se cumplan las siguientes condiciones acumulativas:

– Que su valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 de euros en el caso de contratos de obras, y en el caso de contratos de suministros y de servicios, que su valor estimado sea igual o inferior a 100.000 euros.

– Que entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego no haya ninguno evaluable mediante juicio de valor o, de haberlos, su ponderación no supere el 25 por ciento del total, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura, en que su ponderación no podrá superar el 45 por ciento del total.



2. El anuncio de licitación del contrato únicamente precisará de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación.

3. Toda la documentación necesaria para la presentación de la oferta tiene que estar disponible por medios electrónicos desde el día de la publicación del anuncio en dicho perfil de contratante.

4. El plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a:

- 15 días para los contratos de suministros y servicios.
- 20 días para los contratos de obras.

Dichos plazos mínimos se computarán desde el siguiente a la publicación en el perfil de contratante del anuncio de licitación.

En los casos de declaración de urgencia del expediente de contratación, no se producirá la reducción a la mitad de los plazos de licitación, adjudicación y formalización del contrato a que se refiere la letra b) del apartado 2 del artículo 119 de la LCSP.

5. La tramitación del procedimiento se ajustará a las siguientes especialidades, resultando en su defecto aplicables las normas relativas al procedimiento abierto ordinario:

- Todos los licitadores deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia.

En relación a este extremo, es preciso considerar que el artículo 342 en relación con el artículo 339 de la LCSP disponen que la inscripción en los Registros de licitadores y empresas clasificadas es voluntaria para los empresarios de modo que podrán determinar qué datos desean que se reflejen en ellos, tales como los relativos a su personalidad y capacidad de obrar, en el caso de personas jurídicas, a la extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente, a las autorizaciones o habilitaciones profesionales y a los demás requisitos que resulten necesarios para actuar en su sector de actividad, a la solvencia económica y financiera, que se reflejarán de forma independiente de la clasificación que, en su caso, tenga el empresario, y a cualesquiera otros datos de interés para la contratación pública que se determinen reglamentariamente.

- Las proposiciones deberán presentarse necesaria y únicamente en el registro indicado en el anuncio de licitación. En relación a dicha presentación la LCSP señala, de modo poco preciso porque podrían venir recogidos en la certificación que se emitiera por el Registro Oficial de Licitadores determinados extremos según lo ya analizado en el párrafo anterior, la



necesidad de que se adjunte una declaración responsable comprensiva de la representación de la sociedad que presenta la oferta, de contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, clasificación, de contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad, de no estar incurso en prohibición para contratar, y de contar con la acreditación de la solvencia a través de medios externos (875).

Adicionalmente, en el caso de que la empresa fuera extranjera, la declaración responsable incluirá el sometimiento a la jurisdicción española.

En el supuesto de que la oferta se presentara por una UTE, deberá acompañar a aquella el compromiso de constitución de la unión.

– No procederá la constitución de garantía provisional.

– La oferta se presentará en un único sobre en los supuestos en que en el procedimiento no se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. En caso contrario, la oferta se presentará en dos sobres.

La apertura de los sobres conteniendo la proposición se hará por el orden que proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 145 de la LCSP en función del método aplicable para valorar los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos. En todo caso, será público el acto de apertura de los sobres que contengan la parte de la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos. A tal efecto, en el modelo de oferta que figure como anexo al pliego se contendrán estos extremos.

En los supuestos en que en el procedimiento se contemplen criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, la valoración de las proposiciones se hará por los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a siete días, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen la valoración.

En todo caso, la valoración a que se refiere el párrafo anterior, deberá estar efectuada con anterioridad al acto público de apertura del sobre que contenga la oferta evaluable a través de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. En dicho acto público se procederá a la lectura (876) del resultado de aquella.

Tras dicho acto público, en la misma sesión, la mesa procederá a:

- Excluir, en su caso, las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego.

(875) Véase Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público número 62/2017, de 3 de abril, sobre funcionalidad y condiciones de presentación de la declaración europea única en materia de contratación cuando una empresa licitadora se basa en las capacidades de otra empresa.

(876) Véase Resolución del TACRC número 589/2015, de 19 de junio, sobre la improcedencia de incluir en los pliegos un trámite de comprobación del cumplimiento de los PPTS respecto del licitador que ha presentado la mejor oferta.

- Evaluar y clasificar las ofertas.

En este momento, si la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presume que es anormalmente baja, la mesa seguirá el procedimiento previsto en el artículo 149, si bien el plazo máximo para que justifique su oferta no podrá superar los 5 días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación.

- Realizar la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación.

- Comprobar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que la empresa está debidamente constituida, el firmante de la proposición tiene poder bastante para formular la oferta, ostenta la solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso la clasificación correspondiente y no está incurso en ninguna prohibición para contratar.

- Requerir a la empresa, en un plazo de siete días hábiles a contar desde el envío de la comunicación, que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el compromiso de medios externos a efectos de solvencia, y la documentación justificativa de que dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.

Presentada la garantía definitiva y, en los casos en que resulte preceptiva, previa fiscalización del compromiso del gasto por la Intervención en los términos previstos en la LGP en un plazo no superior a cinco días, se procederá a adjudicar el contrato a favor del licitador propuesto como adjudicatario, procediéndose, una vez adjudicado, a su formalización.

En caso de que en el plazo otorgado al efecto el candidato propuesto como adjudicatario no presente la garantía definitiva, se efectuará propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación, otorgándole el correspondiente plazo para constituir la misma.

En el supuesto de que el empresario tenga que presentar cualquier otra documentación que no esté inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, la misma se tendrá que aportar en el plazo de siete días hábiles establecido para presentar la garantía definitiva.

En los casos en que a la licitación se presenten empresarios extranjeros de un Estado miembro de la Unión Europea o signatario del Espacio Económico Europeo, la acreditación de su capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones se podrá realizar bien mediante consulta en la correspondiente lista oficial de operadores económicos autorizados de un Estado miembro, bien mediante la aportación de la documentación acreditativa de los citados extremos, que deberá presentar, en este último caso, en el plazo concedido para la presentación de la garantía definitiva.



2. *Abreviado*

Junto al procedimiento abierto simplificado ordinario, la LCSP prevé una modalidad que hemos acordado denominar «*abreviada*» para transmitir la idea de que, en determinadas circunstancias, este procedimiento admite una tramitación más sumaria. En todo lo no previsto en el apartado 6 del artículo 159, se aplicará la regulación general del procedimiento abierto simplificado.

Únicamente se podrá aplicar a los contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 euros, y a los contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.

En tales supuestos, el procedimiento abierto simplificado podrá seguir la siguiente tramitación:

1. El plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a 10 días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. No obstante lo anterior, cuando se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de cinco días hábiles.

2. Se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

3. La oferta se entregará en un único sobre o archivo electrónico y se evaluará, en todo caso, con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos.

4. La valoración de las ofertas se podrá efectuar automáticamente mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación.

Se garantizará, mediante un dispositivo electrónico, que la apertura de las proposiciones no se realiza hasta que haya finalizado el plazo para su presentación, por lo que no se celebrará acto público de apertura de las mismas.

5. Las ofertas presentadas y la documentación relativa a la valoración de las mismas serán accesibles de forma abierta por medios informáticos sin restricción alguna desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato.

6. No se requerirá la constitución de garantía definitiva.

7. La formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.



C. Procedimiento restringido

Las innovaciones, quizás, más importantes que se introducen en la LCSP de la mano de este procedimiento de adjudicación son las siguientes:

1. Su vinculación en exclusiva con el sistema dinámico de adquisición, tal y como señala el artículo 224.1 de la LCSP.
2. La posibilidad de que en los pliegos de cláusulas se puedan contemplar primas o compensaciones por los gastos en que incurran los licitadores al presentar su oferta en contratos de servicios en los casos en los que su presentación implique la realización de determinados desarrollos (art. 160.2 párrafo segundo de la LCSP).
3. Su especial adecuación para la contratación de servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería (art. 160.4 de la LCSP).
4. Su aplicación parcial, a tenor de lo previsto en el artículo 174.2 de la LCSP, al procedimiento de diálogo competitivo que, más adelante, será objeto de análisis en esta obra.
5. Su aplicación supletoria y en caso de que no resulte incompatible, a tenor de lo previsto en el artículo 187.10 de la LCSP, al concurso de los proyectos cuando se limite el número de participantes.

Por lo demás, se trata de un procedimiento de adjudicación que se desarrolla en dos fases. En la primera, los licitadores que deseen participar en la licitación han de presentar sus solicitudes de participación (art. 160.1 de la LCSP), y, en la segunda, el órgano de contratación remitirá invitación a aquellos que considera más capacitados para ejecutar el contrato concediéndoles un plazo para que presenten sus respectivas proposiciones (art. 160.2 de la LCSP).

Hay que decir que se trata de un procedimiento poco utilizado por los órganos de contratación, seguramente por la no correspondencia entre la complejidad de su gestión y la de los resultados que aporta, y que pueden ser fácilmente obtenidos a través de un procedimiento abierto. Sin embargo, la nueva LCSP en su artículo 131.2, considera este procedimiento como el instrumento de adjudicación más apropiado de los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV.

Normalmente algunos órganos de contratación entienden que su uso resultará adecuado y así lo hacen constar en la fase interna del contrato con la finalidad de no tener que analizar tantas proposiciones como si se hubiera utilizado el procedimiento abierto. Esta ventaja teórica acaba por volverse normalmente en contra de la propia gestión contractual pues, por si no fuera suficiente tener que motivar la no invitación de determinados licitadores para presentar proposición con la conflictividad que ello



podiera generar en vía administrativa, sobremanera si el contrato fuera susceptible de recurso especial en materia de contratación, la decisión se ve agravada con la obligación que pende sobre el órgano de contratación de motivar el acto por el que se acuerda la selección de los candidatos que van a ser objeto de invitación a participar en el mismo sobre la base de los criterios fijados en el pliego, y de notificarlo, tanto a los candidatos seleccionados (para lo cual se prevé la correspondiente invitación), como a los rechazados, debiendo contener dicha notificación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 151.1 y 2 de la LCSP para la adjudicación, la información necesaria para que el candidato excluido o descartado en esta fase del procedimiento pueda interponer el correspondiente recurso (877).

De acuerdo con lo señalado, la regulación de este procedimiento en la LCSP presenta las siguientes características:

1. Solicitudes de participación:

– Plazo para presentación de solicitudes de participación:

• En los contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de las solicitudes de participación deberá ser el suficiente para el adecuado examen de los pliegos y de las circunstancias y condiciones relevantes para la ejecución del contrato, todo ello en atención al alcance y complejidad del contrato, y, en todo caso, no inferior:

- A 30 días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

- A 15 días, cuando el plazo general de 30 días sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia en los términos descritos en el artículo 119, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

• En los contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de 15 días, contados desde la publicación del anuncio de licitación.

– Publicidad: Sin perjuicio de la obligación de publicar en primer lugar en el DOUE (878), en los procedimientos restringidos la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante deberá hacerse con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las solicitudes de participación.

– Deberán de ir acompañadas de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos previstos en el artículo 140 de la LCSP, salvo la del documento de constitución de garantía provisional, a tenor de lo previsto en el artículo 161.4 de la LCSP.

(877) Véase Informe JCCA número 6/2011, de 28 de octubre de 2011.

(878) Artículo 135.3 de la LCSP.

2. Selección de candidatos:

En este aspecto el artículo 162 de la LCSP reitera el contenido literal de los artículos 163 y 165 del TRLCSP que señalaba lo siguiente:

– Con carácter previo al anuncio de licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones.

– El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a 5. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

Si así lo estima procedente, el órgano de contratación podrá igualmente fijar el número máximo de candidatos a los que se invitará a presentar oferta.

En cualquier caso, el número de candidatos invitados debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva.

– Los criterios o normas objetivos y no discriminatorios con arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos, así como el número mínimo y, en su caso, el número máximo de aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones se indicarán en el anuncio de licitación.

– El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda.

3. Contenido de las invitaciones e información a los candidatos:

El artículo 163 de la LCSP, asimismo reproduce, prácticamente de modo literal, lo que se establecía en el artículo 166 del TRLCSP señalando lo siguiente:

– Respecto a su contenido, deberán incluir:

- La referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha límite para la recepción de ofertas.

- La dirección a la que deban enviarse y la lengua o lenguas en que deban estar redactadas (omite la referencia a «*si se admite alguna otra además del castellano*», que sí se incluía en el artículo 166 del TRLCSP).



- Los criterios de adjudicación del contrato que se tendrán en cuenta y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación.

- Lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.

- Los documentos que, en su caso, se deban adjuntar complementariamente.

- Las indicaciones pertinentes para permitir el acceso por medios electrónicos a los pliegos y demás documentación complementaria, o, si estuviera permitido dar acceso por medios no electrónicos (879), indicará esta circunstancia y la forma en que la documentación será puesta a disposición de los candidatos, incluyendo, en su caso, el caso de que la misma obrase en poder de una entidad u órgano distinto del que tramita el procedimiento, en cuyo supuesto se indicará además de la forma de acceder a ella, la fecha límite, así como el importe y las modalidades de pago de la cantidad que, en su caso, haya de abonarse.

4. Proposiciones presentadas por los licitadores invitados:

El artículo 164 de la LCSP introduce las siguientes novedades respecto a lo que se establecía en el artículo 167 del TRLCSP:

- En el apartado 1, referido solamente para contratos sujetos a regulación armonizada, señala impropiaamente, pues a juicio de los autores de esta obra, ha de referirse a cualquier tipo de contrato independientemente de su valor estimado, que el plazo de presentación de proposiciones será el suficiente para la adecuada elaboración de las proposiciones en función del alcance y complejidad del contrato.

- En cuanto a los plazos mínimos prevé lo siguiente:

- Para contratos sujetos a regulación armonizada, de 30 días a contar desde la fecha de envío de la invitación escrita.

Dicho plazo general podrá reducirse por la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

- En los contratos en general:

- o Por el envío del anuncio de información previa, podrá reducirse a 10 días, siempre que dicho anuncio se hubiese enviado con una antelación máxima de 12 meses (880) y mínima de 35 días antes de los 52 días y den-

(879) Artículo 138.2 de la LCSP.

(880) Sobre este particular, téngase en cuenta lo previsto respecto al periodo cubierto por el anuncio de información previa en los contratos de concesión de servicios especiales (arts. 22.1.c)], servicios específicos enumerados en el ANEXO IV, artículo 135.5 (concesión de servicios especiales) y disposición adicional trigésima sexta (licitación de contratos de concesión de servicios especiales) de la LCSP), que, en virtud de lo previsto en el artículo 134.6 párrafo segundo, podrá abarcar un plazo superior a 12 meses.

tro de los 12 meses anteriores antes de la fecha de envío del anuncio de licitación, siempre que en él se hubiese incluido, de estar disponible, toda la información exigida para éste.

- Cuando el plazo general de presentación de proposiciones sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia, podrá reducirse a un plazo no inferior a 10 días contados desde la fecha del envío de la invitación escrita.

- Si se aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo en cinco días.

- En las concesiones de obras y de servicios, solo se podrá reducir el plazo general en cinco días si se aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos.

- Para contratos sujetos a regulación armonizada, de 10 días a contar desde la fecha de envío de la invitación escrita (881).

5. Adjudicación:

En la adjudicación del contrato, el artículo 163 de la LCSP, a diferencia de lo que hacía el artículo 168 del TRLCSP, realiza una referencia genérica a que al procedimiento restringido le será de aplicación lo previsto para el procedimiento abierto, salvo lo que se refiere a la necesidad de calificar previamente la documentación a que se refiere el artículo 140.

A juicio de los autores de esta obra, resultaba más adecuada la redacción que hacía el mencionado artículo 168 cuando especificaba que resultarían aplicables los artículos 160 y 161, actuales artículos 157 y 158 de la LCSP, porque eran los únicos que resultaban subsidiariamente aplicables y porque, con la reforma operada en la LCSP, la remisión al procedimiento abierto no abarca a la totalidad del régimen jurídico propio de este tipo de procedimiento de adjudicación ya que, como ya se ha analizado, junto con el procedimiento abierto ordinario coexiste el simplificado con sus dos modalidades (ordinario y abreviado).

D. Procedimientos de licitación con negociación

El sistema previsto en la LCSP respecto al procedimiento de adjudicación con negociación, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

(881) Curiosamente, es el único plazo que aumenta con la reforma introducida en la LCSP.



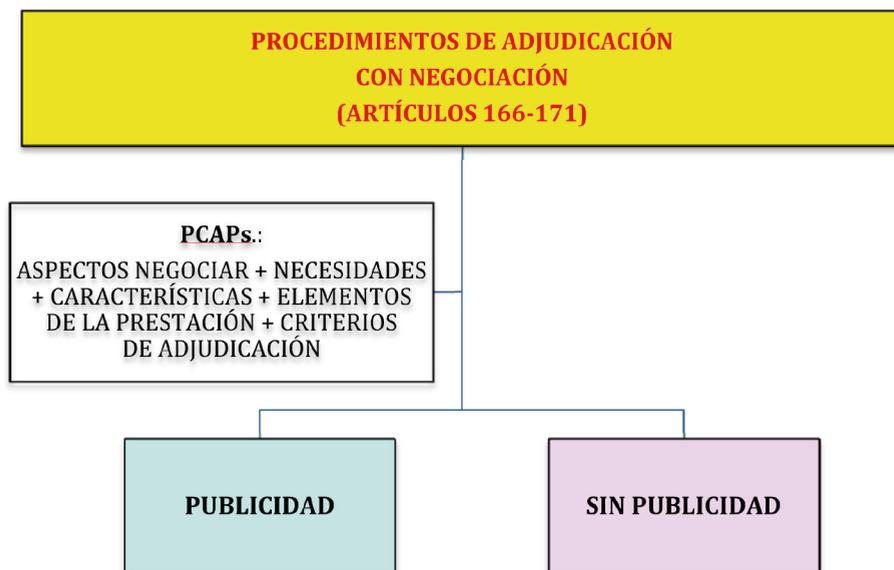


Gráfico número 19

(Se resalta en color rojo el título para expresar la extensión de la novedad incorporada por la LCSP)

a) INTRODUCCIÓN

Como señala el Preámbulo de la LCSP (882) «Respecto del procedimiento negociado, se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía y se suprime la aplicación de este procedimiento respecto a las obras y servicios complementarios».

Por lo tanto, la aplicación de este procedimiento extraordinario de adjudicación requerirá, en todo caso, la motivación de una causa material de las contempladas en la LCSP.

Esta reforma junto con la limitación que se establece en el artículo 118.3 de la LCSP respecto a los contratos menores, colocan, a juicio de los autores de esta obra, a los órganos de contratación, de forma obligada, en la estrategia de tener que aplicar algún procedimiento ordinario, con especial atención al procedimiento abierto simplificado en sus dos modalidades, ordinario y abreviado, o de motivar exhaustivamente una causa material

(882) Exponendo IV párrafo trigésimo quinto.



que permita la aplicación de un procedimiento de licitación con negociación, en los términos a los que a continuación se va a hacer referencia.

El artículo 166 de la LCSP, después de reiterar parte del contenido de los artículos 169 y 176 del TRLCSP en relación a que los pliegos de cláusulas administrativas determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con empresas capacitadas para ejecutar el contrato (883), introduce las siguientes novedades:

1. A diferencia de lo que se establecía en el artículo 178.1 del TRLCSP en el sentido de que en el procedimiento negociado era necesario solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible, ahora el artículo 166.1 de la LCSP dispone, escuetamente, que en los procedimientos con negociación la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos (884).

Sin embargo, resulta curioso que en el apartado 1.d) de la disposición adicional primera.1.d) de la LCSP, sobre Contratación en el Extranjero, que no ha sufrido modificación respecto a lo que establecía la misma disposición del TRLCSP, se mantiene, en concordancia con el precitado 178.1 del TRLCSP, que «*sin perjuicio de lo establecido para los contratos menores, los contratos podrán adjudicarse por procedimiento negociado, debiendo conseguirse, siempre que sea posible, al menos tres ofertas de empresas capaces de cumplir los mismos*».

Por tanto, a tenor de lo señalado, solamente rezará la exigencia de solicitar al menos tres ofertas siempre que sea posible, cuando se celebra un contrato en el extranjero. A juicio de los autores de esta obra, reflexionese sobre que en este tipo de contratos es en los que frecuentemente siempre ha resultado difícil cumplimentar dicha exigencia.

2. Sobre el contenido de los pliegos, cuya información deberá ser lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en el procedimiento, señala que recogerán los siguientes extremos:

– La descripción de las necesidades de los órganos de contratación y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse.

(883) Véase Informe JCCA número 65/2009, de 23 de julio de 2010.

(884) Véanse Informes JCCA números 65/2009, de 23 de julio de 2010, y 21/2010, de 24 de noviembre, sobre el principio general del Derecho de que nadie está obligado a hacer lo imposible («*ad impossibilia memo tentar*») en relación a las ofertas presentadas aunque, sin embargo, resulta obligado dejar constancia de que una buena práctica exigirá que se insista en la búsqueda de ofertas de un modo razonable, en caso de que alguna o algunas no hubieran dado resultado.

– El procedimiento que se seguirá para negociar, que en todo momento garantizará la máxima transparencia de la negociación, la publicidad de la misma y la no discriminación entre los licitadores que participen.

En este sentido, es preciso dejar meridianamente claro que una cosa es que en el seno de este procedimiento se prevea la negociación, con vistas a adaptar las ofertas presentadas por los licitadores para encontrar la mejor oferta, y otra bien distinta que se pueda extender la misma hasta el extremo de admitir a la misma a licitadores cuyas ofertas no reunieran los requisitos establecidos en las especificaciones técnicas obligatorias del contrato (885). Esta posibilidad está vetada para el órgano de contratación pues ello vulneraría la obligación de transparencia, que tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (886), y que se cumplen las exigencias que el contrato ha calificado de imperativas pues ello no permitiría a la entidad adjudicadora negociar con los licitadores sobre una base común a todos ellos formada por dichos requisitos, ni, en consecuencia, darles un trato igualitario (887).

– Los elementos de la prestación objeto del contrato que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas.

– Los criterios de adjudicación.

3. En relación a las modalidades de procedimiento de licitación con negociación, señala que, en general, los órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación (art. 167 de la LCSP), salvo que concurriera alguna de las causas excepcionales que taxativamente se recoden en el artículo 168 de la LCSP.

Por lo demás, lo que sí deberá observar el órgano de contratación es que los licitadores a los que invite a negociar cuenten con la capacitación necesaria para ejecutar el objeto contractual. En este sentido, en la LCSP como tampoco se hacía en el TRLCSP, se establece ningún tipo de preferencia a favor de ninguna empresa, ni por haber concurrido a un procedi-

(885) Véase la Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas.

(886) STJUE de 29 de marzo de 2012, *SAG ELV Slovensko y otros*, C- 599/10, apartado 25.

(887) STJUE de 5 de diciembre de 2013, decisión prejudicial planteada por la *Riigikohus* (Estonia) en el procedimiento entre *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS* y Ministerio de Hacienda (*Rahandusministeerium*) sobre la anulación de un procedimiento negociado con publicidad porque, habiéndose admitido todas las empresas que presentaron ofertas aunque una de ellas no ofertaba la mediana en las condiciones exigidas en el pliego (en los puntos 4.3.1 y 4.7.1 del anexo III se estipulaba que la mediana debía tener 13,5 m de ancho desde el kilómetro 26,6 al kilómetro 32 y 6 m de ancho desde el kilómetro 32 al kilómetro 40), a pesar de lo cual, una vez comenzada la negociación, el órgano de contratación propuso a los licitadores distintos que adaptaran sus ofertas a la mediana propuesta por el licitador que no ajustó la suya a lo previsto en dichos pliegos (al final todos ofertaron una mediana de 6 metros a lo largo de todo el tramo de carretera).

miento anterior, ni por haber licitado en procedimientos con objeto similar al ahora tramitado, ni, mucho menos, por haber obtenido determinada puntuación en estos procedimientos. Basta con que las empresas invitadas ostenten con capacidad para ejecutar el contrato (888).

b) PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN CON NEGOCIACIÓN Y PUBLICIDAD

En relación a este procedimiento, la profundidad de la modificación es tal que solamente se mantiene, en el artículo 167.e) de la LCSP, una de las causas que se recogían en el artículo 170 del TRLCSP en relación a que en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables [letra a)], aunque se regula de nueva planta lo que se entenderá por cada una de ellas (889). En el resto de supuestos, las causas son enteramente novedosas y se concretan en los siguientes motivos:

1. Cuando para dar satisfacción a las necesidades del órgano de contratación resulte imprescindible que la prestación, tal y como se encuentra disponible en el mercado, sea objeto de un trabajo previo de diseño o de adaptación por parte de los licitadores.

2. Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.

3. Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma.

4. Cuando el órgano de contratación no pueda establecer con la suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica, en los términos establecidos en la LCSP.

5. Cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio.

(888) Véase la Resolución del TACRC número 198/2011, de 17 de julio.

(889) En este sentido, el segundo párrafo del artículo 167.e) de la LCSP dispone que *«Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación. Se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del órgano de contratación tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación».*



c) PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN CON NEGOCIACIÓN Y SIN PUBLICIDAD

El artículo 168 de la LCSP, al igual que ya se ha señalado en relación a las causas que permiten la aplicación del procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad, recoge, en las letras *a)* 3.º, *b)* 1.º, y *c)* 1.º, 2.º, 3.º, y 4.º, algunas que ya se contemplaban en los artículos 170.*f)* y *e)* y 173.*b)*, *c)*, *d)*, y *e)* del TRLCSP, en relación a las siguientes causas que permiten la utilización de este procedimiento de adjudicación extraordinario:

1. En general, cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado (890) y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 19.2.*c)* de la LCSP (891).

2. Respecto a los contratos de obras, suministros y servicios, cuando una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo (892), demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119 de la LCSP.

Este supuesto es el único caso en el que, por expresa precisión del artículo 326.1 de la LCSP y a diferencia de lo que establecía el artículo 320 del TRLCSP, resulta preceptivo que el órgano de contratación esté asistido por la mesa de contratación.

En relación con esta causa material, es preciso señalar que su aplicación ha de venir acompañada de la concurrencia de las siguientes circunstancias:

– Urgencia: Es la necesidad de atender un asunto de forma inmediata e ineludible. En relación a esta circunstancia resulta capital atender a la

(890) STJUE de 20 de marzo de 2018, Asunto C-187/16, en la que se declara, en relación con un contrato de fabricación de productos de imprenta en cuyo proceso de producción es preciso el secreto y/o la observancia de normas de seguridad (impresión de seguridad), que para ser excluidos de un procedimiento de licitación, es necesario que los Estados miembros determinen cuáles son sus intereses esenciales de seguridad y, en consecuencia, las medidas de seguridad necesarias para la protección de la seguridad pública de este Estado miembro en relación al bien a fabricar.

(891) Sobre este asunto ver Directiva 2009/81/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, por la que se modifican las Directivas 2004/17/CEE y 2004/18/CEE (L 216), que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico interno español por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad.

Véase la Resolución de 15 de octubre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 a 2009 por la Tesorería General de la Seguridad Social.

(892) Véase la Resolución del TACRC número 198/2011, de 17 de julio.



duración del contrato, a la ejecución de lo estrictamente imprescindible para atajar esa situación excepcional, y a la improcedencia de acometer obras complementarias sobre lo ejecutado inicialmente de acuerdo con este procedimiento de adjudicación excepcional (893).

– Imprevisibilidad: Hace referencia a que el hecho determinante de la situación de urgencia derive de un acontecimiento imprevisible para el órgano de contratación.

– No imputabilidad: La interpretación que ha de darse a este requisito ha de ser que la situación de urgencia no haya sido provocada, deliberada o imprudentemente, por acción o por omisión por la misma Administración que pretende utilizarla como fundamento de este procedimiento de adjudicación excepcional.

Por último señalar que, algunas veces, suele aplicarse, indebidamente, esta causa general junto con la declaración de la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de urgencia. A juicio de los autores de esta obra, esta práctica resulta contraria a lo previsto en la LCSP pues se trata de dos herramientas que forman parte de la alternativa que plantea el Legislador para tratar de agilizar la gestión de un contrato por razones de urgencia. La primera posibilidad consistirá en reducir los plazos dentro de un procedimiento ordinario de adjudicación mediante la declaración de la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de urgencia. La segunda, cuando lo anterior no fuera posible, consistirá en la aplicación de esta causa general. Ambas circunstan-

(893) Véase la Resolución de 15 de octubre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 a 2009 por la Tesorería General de la Seguridad Social, en la que se indicaba que *«las obras contratadas mediante este trámite excepcional no se limitaron a realizar aquello que fuera estrictamente necesario para prevenir o remediar la situación de emergencia, sino que se extendieron a otras actuaciones que, si bien eran necesarias para completar la actuación acometida por la Administración, pudieron y debieron haber sido contratadas con arreglo a la tramitación ordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LCSP. En este sentido, el Director General de la TGSS, mediante Resolución de 31 de julio de 2008, acordó la tramitación de emergencia de «las obras de refuerzo estructural del edificio», conforme a lo dispuesto en el artículo 97.1.a) de la LCSP, por un importe de 3.598.139 euros y con un plazo de ejecución inicial previsto de catorce meses, plazo que fue ampliado posteriormente, a petición de la empresa contratista. A juicio de este Tribunal, la excesiva duración de las obras (con un plazo ejecución previsto de catorce meses ampliados con posterioridad a tres meses más) contrasta con la actuación «inmediata» que requiere la tramitación de emergencia «para ejecutar lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida», es decir, resulta contradictorio el largo plazo de ejecución previsto con la necesidad de llevar a cabo de forma inmediata las obras absolutamente indispensables para prevenir o remediar la situación que justifica la propia declaración de emergencia [arts. 97.1.a) y 97.2) de la LCSP]. Por último, cabe señalar que la TGSS adjudicó en el ejercicio 2010 unas obras complementarias a las de emergencia por importe de 1.490.767 euros, confirmando lo acabado de exponer en relación con lo contradictorio que resultó la excesiva extensión temporal de las obras calificadas como de emergencia por el órgano de contratación».*



cias han de quedar debidamente motivadas en el expediente de contratación (894).

3. En relación a los contratos de suministro:

– Cuando los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo que se trate de una producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo.

– Cuando se trate de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. En este caso, la duración de tales contratos, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

– Cuando se trate de la adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos.

– Cuando se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

Por lo tanto, al margen de estos supuestos que ya se contemplaban en el TRLCSP, el artículo 168 de la LCSP introduce las siguientes nuevas causas que posibilitan la utilización del procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad:

1. En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios:

– Cuando no se haya presentado ninguna oferta, ninguna oferta adecuada, ninguna solicitud de participación, o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o a un procedimiento restringido, siempre que se cumplan estas dos condiciones:

- Que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, sin que en ningún caso se pueda incrementar el presupuesto base de licitación ni modificar el sistema de retribución.

- Que se envíe un informe a la Comisión Europea cuando ésta así lo solicite.

(894) Véase la Resolución de 15 de octubre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 a 2009 por la Tesorería General de la Seguridad Social.



Se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para el contrato, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del órgano de contratación especificados en los pliegos que rigen la contratación.

Se considerará que una solicitud de participación no es adecuada si el empresario de que se trate ha de ser o puede ser excluido en virtud de los motivos establecidos en la LCSP o no satisface los criterios de selección establecidos por el órgano de contratación.

– Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones:

- Que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español (895).
- Que no exista competencia por razones técnicas (896).
- Que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

En relación a las razones artísticas, técnicas o de protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial a las que se refieren los tres párrafos anteriores, es preciso tener en cuenta las siguientes reglas interpretativas (897):

- La no existencia de competencia solo se aplicará cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

Por tanto, lo decisivo será que se justifique, sin ningún tipo de duda, la existencia de un solo empresario capaz de ejecutar el objeto del contrato, precisamente, por motivos artísticos, técnicos (898) y de protección de

(895) Véase Informe JCCA número 45/2009, de 1 de febrero de 2010.

(896) Véanse Informe JCCA número 45/2009, de 1 de febrero de 2010 y la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía número 195/2017, de 2 de octubre, sobre la imposibilidad de acudir a un procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad cuando la ausencia de competencia es el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

(897) Informes JCCA números 57/2003, de 30 de marzo de 2004, 11/2004, de 7 de junio, 35/2006, de 30 de octubre, y 52/2006, de 11 de diciembre.

(898) Véase la Resolución de 15 de octubre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 a 2009 por la Tesorería General de la Seguridad Social, en la que se declaró la improcedencia de justificar la adjudicación por dicha causa sobre la base de que se trataba de una empresa que estaba realizando la remodelación urbana en la zona donde se ubicaba un entorno histórico artístico que precisaba de una gran coordinación y precisión en los trabajos. A juicio del Tribunal, la justificación expresada resultó insuficiente, teniendo en cuenta que su regulación ha de ser aplicada de modo restrictivo y que, en todo caso, las actuaciones no surgen de una actuación previa, con publicidad y concurrencia pero no realizada por el órgano de

los derechos de exclusiva (899) que no sean deducidos interesadamente de la introducción de determinadas prescripciones técnicas en los pliegos (900).

En este sentido, cabe señalar que en este supuesto se incurrirá generalmente cuando se trate de la contratación, a tenor de lo previsto en la disposición adicional novena de la LCSP, de la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, cuando su valor estimado se sitúe por encima del umbral comunitario. Para ello será imprescindible acreditar que no existe una alternativa o sustituto razonable en el mercado. Así lo exige el Considerando 50 de la propia Directiva 2014/24/UE cuando indica que *«en razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales»*, y que *«cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, éstas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular»* (901).

- El mero hecho de que la prestación a contratar tuviera evidentes implicaciones artísticas no autoriza, sin más, a considerar justificada la utilización de este procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad, ya que ello implicaría que, en todo caso, los contratos a celebrar con profesionales deberían adjudicarse en todo caso por dicho procedimiento.

- Es imprescindible que se motive adecuadamente la aplicación de dicha causa en el expediente de contratación.

- Cuando se trate de un contrato de servicios en alguna de las siguientes circunstancias:

contratación. Si, tal y como se señala en el expediente de contratación, la actuación conjunta era estrictamente necesaria, debió realizarse desde el inicio de las actuaciones de urbanización de la parcela, mediante los adecuados convenios con el resto de las partes interesadas y llevando a cabo las contrataciones precisas con publicidad y concurrencia.

(899) Resulta a veces frecuente encontrar informes técnicos en los que el profesional que se ha encargado de realizarlo razona, indebidamente, que es necesario contratar con una determinada empresa porque es la más capacitada para desarrollar el objeto del contrato.

(900) Véanse la Resolución de 15 de octubre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 a 2009 por la Tesorería General de la Seguridad Social, en la que se declaró indebida la aplicación de esta causa en un contrato de suministro para la modernización de unos ascensores basada en la exigencia prevista en el PPTS de unas especificaciones técnicas determinadas, sin que esta circunstancia estuviera justificada por razón del objeto del contrato, y la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía número 195/2017, de 2 de octubre, sobre la imposibilidad de acudir a un procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad cuando la ausencia de competencia es el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

(901) Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, a los órganos de contratación en relación con diversos aspectos relacionados con la entrada en vigor de la LCSP.

- Un concurso de proyectos y, con arreglo a las normas aplicables deba adjudicarse al ganador. En caso de que existieran varios, se invitará a todos ellos a participar en las negociaciones.

- Un servicio concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

- En los contratos de obras y de servicios, cuando las obras o servicios que constituyan su objeto consistan en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en la LCSP previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que:

- Se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos.

En el proyecto base se mencionarán necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados.

- Que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial.

- Que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial.

- Que no hayan transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.

En el proyecto base se mencionarán necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados éstos.

2. En los contratos de obras, suministros y servicios, cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables (902), siempre y cuando en la negociación se incluya a todos los licitadores que, en el procedimiento antecedente hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación (903).

(902) Artículo 167.e) de la LCSP.

(903) Véase la Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas.



d) TRAMITACIÓN

El artículo 171 de la LCSP introduce como novedad que lo antes posible y, en todo caso, dentro de los 15 días siguientes al de la recepción de la solicitud de participación, la mesa de contratación, o en su defecto, los servicios dependientes del órgano de contratación, comunicarán el desarrollo de las negociaciones. A tal efecto, se podrán no comunicar determinados datos amparándose en la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 155.3 de la LCSP.

El artículo 169 de la LCSP se ocupa de regular la tramitación del procedimiento de licitación con negociación y publicidad, mientras que el artículo 170 se dedica a señalar ciertas especialidades que tiene el procedimiento de licitación con negociación sin publicidad.

En el mencionado artículo 169, se reitera buena parte del contenido de los artículos 165.2, 177 y 178 del TRLCSP respecto a los siguientes aspectos:

1. En los supuestos a que se refiere el artículo 167, el órgano de contratación, en todo caso, deberá publicar el correspondiente anuncio de licitación en la forma prevista en el artículo 135. Sin perjuicio de la obligación de publicar en primer lugar en el DOUE (904), en el caso de que el contrato estuviera sujeto a regulación armonizada, la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante deberá hacerse con una antelación mínima equivalente al plazo fijado para la presentación de las solicitudes de participación.

2. Resultará de aplicación lo previsto para el procedimiento restringido en relación a estos aspectos:

– Sobre la presentación de solicitudes de participación: Cualquier empresa interesada podrá presentarla en respuesta a una convocatoria de licitación (905).

– Sobre el plazo para presentación de solicitudes de participación (906):

• En los contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de las solicitudes de participación deberá ser el suficiente para el adecuado examen de los pliegos y de las circunstancias y condiciones relevantes para la ejecución del contrato, todo ello en atención al alcance y complejidad del contrato, y, en todo caso, no inferior:

(904) Artículo 135.3 de la LCSP.

(905) Artículo 160.1 de la LCSP.

(906) Artículo 161 de la LCSP.



- A 30 días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

- A 15 días, cuando el plazo general de 30 días sea impracticable por tratarse de una situación de urgencia en los términos descritos en el artículo 119, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

- En los contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de 15 días, contados desde la publicación del anuncio de licitación.

- Sobre la documentación que ha de acompañar a las solicitudes de participación: Deberán de ir acompañadas de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos previstos en el artículo 140 de la LCSP, salvo la del documento de constitución de garantía provisional, a tenor de lo previsto en el artículo 161.4 de la LCSP.

- Sobre selección de candidatos (907):

- Con carácter previo al anuncio de licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones.

- El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a 5. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

Si así lo estima procedente, el órgano de contratación podrá igualmente fijar el número máximo de candidatos a los que se invitará a presentar oferta.

En cualquier caso, el número de candidatos invitados debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva.

- Los criterios o normas objetivos y no discriminatorios con arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos, así como el número mínimo y, en su caso, el número máximo de aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones se indicarán en el anuncio de licitación.

- El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda.

(907) Artículo 162 de la LCSP.



– Sobre el contenido de las invitaciones e información a los candidatos (908):

• Respecto a su contenido, deberán incluir:

- La referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha límite para la recepción de ofertas.

- La dirección a la que deban enviarse y la lengua o lenguas en que deban estar redactadas (omite la referencia a «*si se admite alguna otra además del castellano*», que sí se incluía en el artículo 166 del TRLCSP).

- Los criterios de adjudicación del contrato que se tendrán en cuenta y su ponderación relativa o, en su caso, el orden decreciente de importancia atribuido a los mismos, si no figurasen en el anuncio de licitación.

- Lugar, día y hora de la apertura de proposiciones.

- Los documentos que, en su caso, se deban adjuntar complementariamente.

- Las indicaciones pertinentes para permitir el acceso por medios electrónicos a los pliegos y demás documentación complementaria, o, si estuviera permitido dar acceso por medios no electrónicos (909), indicará esta circunstancia y la forma en que la documentación será puesta a disposición de los candidatos, incluyendo, en su caso, el caso de que la misma obrase en poder de una entidad u órgano distinto del que tramita el procedimiento, en cuyo supuesto se indicará además de la forma de acceder a ella, la fecha límite, así como el importe y las modalidades de pago de la cantidad que, en su caso, haya de abonarse.

– Sobre las proposiciones presentadas por los licitadores invitados (910), aunque el artículo 169.2 de la LCSP se refiere expresamente al artículo 164.1 de la misma, a juicio de los autores de esta obra, esta remisión resulta errónea pues a partir de las invitaciones y de la información a facilitar a los candidatos, en este procedimiento lo decisivo es la negociación que se realice con los licitadores. En este sentido, resultaba más correcta la remisión que hacía el artículo 177.3 del TRLCSP solamente a los artículos 163 a 166, ambos inclusive, y no al artículo 167 que se refería al plazo de recepción de ofertas.

No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a negociar, el órgano de contratación y los servicios dependientes de él, en todo caso, deberán asegurarse de que el número mínimo de candidatos invitados será de 3 (911). Cuando el número de

(908) Artículo 163 de la LCSP.

(909) Artículo 138.2 de la LCSP.

(910) Artículo 164.1 de la LCSP.

(911) Véase la STJUE de 15 octubre 2009, Caso Hochtief AG y otros contra Közbizottság, en el que se resolvía la cuestión prejudicial planteada por el Fővárosi Ítéltábla (Hungria).

candidatos que cumplan con los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnen las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

3. Este procedimiento de licitación con negociación y publicidad podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de cláusulas administrativas particulares, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta facultad. El número de soluciones que lleguen hasta la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

Sin embargo, el mencionado artículo 169 de la LCSP, cuando se dedica a regular la tramitación del procedimiento de licitación con negociación y publicidad, introduce las siguientes novedades:

1. De acuerdo con lo señalado respecto a la improcedencia de la remisión que realiza en su apartado 2 al artículo 164.1 de la LCSP, en el artículo 169.4 se señala que durante la negociación se velará porque todos los licitadores reciban igual trato, y, a tal efecto, los órganos de contratación informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas, de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no establezca los requisitos mínimos a que se refiere el artículo 166, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada.

2. Los órganos de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, excepto las ofertas definitivas, con el fin de identificar la mejor oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 145.

No se negociarán los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni tampoco los criterios de adjudicación.

3. En el expediente deberá dejarse constancia no solo de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas, de las razones para su aceptación o rechazo, sino de las ventajas obtenidas en la negociación (912).

(912) En el fondo lo que subyace fue el criterio que el Tribunal de Cuentas en su Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de



4. En el curso del procedimiento las mesas de contratación y los órganos de contratación cumplirán con su obligación de confidencialidad en los términos establecidos en la LCSP (913), por lo que no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador sin el previo consentimiento de éste. Este consentimiento no podrá tener carácter general, sino que deberá especificar a qué información se refiere.

5. Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas.

A continuación, la mesa de contratación:

- Verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos, y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego.
- Valorará las mismas con arreglo a los criterios de adjudicación, elevará la correspondiente propuesta.

Por último, el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato a la mejor oferta (914).

Una vez analizado el artículo 169 de la LCSP, procede examinar el contenido de las especialidades que tiene a tramitación del procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad, recogidas en el artículo 170, en función de alguna de las causas previstas en el artículo 168 de la LCSP:

1. Se tramitarán, en general, de acuerdo con lo ya visto para el procedimiento de licitación con negociación y publicidad, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurran en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa.

2. Cuando únicamente participe un candidato, la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, en su caso, a través de los

Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ponía de manifiesto que en los contratos adjudicados por el procedimiento negociado no constaba que las entidades contratantes hubieran negociado con las empresas consultadas. Los pliegos de cláusulas administrativas de un expediente preveían, exclusivamente, como aspectos objetivos de negociación, el precio unitario de los productos a adquirir, sin que constara que se hubiera efectuado negociación alguna con la empresa suministradora, máxime cuando el precio de la oferta coincide con el importe presupuestado para este contrato. La Entidad, en alegaciones, manifestó que hubo negociación previa para fijar el precio de inicio del expediente, lo que pone de manifiesto una tramitación irregular del expediente.

(913) Artículo 133 de la LCSP. Véase Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.

(914) Véase la Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas, en la que se puede observar cómo se insiste en que, en numerosos casos, las Entidades no han negociado con las empresas invitadas, limitándose a evaluarlas, a través del correspondiente informe técnico de valoración.

servicios técnicos de ellos dependientes, siempre y cuando sea posible, deberá negociar la oferta inicial y todas las ofertas posteriores presentadas para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, excepto las ofertas definitivas, con el fin de identificar la mejor oferta, de conformidad con lo previsto en el artículo 145.

E. Procedimiento de diálogo competitivo y procedimiento de asociación para la innovación

a) INTRODUCCIÓN

Hasta ahora el TRLCSP preveía que el diálogo competitivo era un procedimiento a través del cual el órgano de contratación dirigía un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirían de base para que los candidatos elegidos presentasen una oferta sobre obras, bienes o prestaciones que no se encontraban disponibles en el mercado, ya que, en caso contrario, tal diálogo no tendría sentido porque directamente se podría acceder a satisfacer dicha necesidad promoviendo otro procedimiento de adjudicación que resultara apropiado.

Por tanto, de acuerdo con dicha naturaleza, el procedimiento de diálogo competitivo cabía la posibilidad de que fuera aplicado para contratar los siguientes objetos:

– Los propios de contratos administrativos «*típicos*» particularmente complejos, en los que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permitía una adecuada adjudicación del contrato, porque el órgano de contratación no se encontraba objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto (art. 180.2 del TRLCSP).

– Los propios de un objeto contractual que no estuviera disponible en el mercado, aderezado porque el riesgo y la financiación del mismo ha de ser compartido entre los entes, organismos o entidades del Sector Público y el contratista. En el TRLCSP, ambos objetivos se intentaban lograra a través del contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (915).

(915) Véase la STSJ de Andalucía de 27 abril de 2011, en la que se pone énfasis en que el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado constituye una fórmula excepcional, ideada para la construcción de grandes infraestructuras y que solo puede utilizarse

Por su parte, la LCSP establece, por un lado, la desaparición del contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (916) por la escasa utilidad de esta figura en la práctica y porque su objeto puede realizarse a través de otras modalidades contractuales (917), como es, fundamentalmente, el contrato de concesión, y, por otro, la creación del procedimiento de adjudicación de asociación para la innovación (918), con la finalidad de realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración, puesto que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación (919).

Por lo tanto, a juicio de los autores de esta obra, debe manifestarse, en principio, el paralelismo entre el procedimiento de diálogo competitivo y los contratos administrativos «típicos» particularmente complejos, en los términos ya señalados, y los objetos contractuales que no estuviesen disponibles en el mercado respecto de los cuales lo adecuado sería plantear un procedimiento de adjudicación de asociación para la innovación.

b) DIÁLOGO COMPETITIVO

En el Preámbulo de la LCSP (920) se señala únicamente respecto a este procedimiento excepcional de adjudicación (921) que en la misma

cuando otras fórmulas, según el artículo 118 de la LCSP, no permitan satisfacer las necesidades públicas. Es decir, es un contrato residual y subsidiario respecto a los demás contratos típicos. De ello se deduce que, en efecto, las dificultades de financiación municipal –argumento central de la sentencia para concluir en la conformidad a derecho de la resolución impugnada–, no puede amparar el uso de un tipo contractual para supuestos en que no está previsto legalmente. Este contrato no es un recurso a elegir por la administración sino que está reservado legalmente para supuestos ciertamente excepcionales. Por su propia naturaleza son casos de difícil acomodación en el ámbito de la administración local, si se exceptúan las grandes ciudades (el subrayado es de los autores de esta obra).

(916) Exponendo IV, párrafo tercero de la LCSP.

(917) Exponendo IV, párrafo decimotercero de la LCSP.

(918) Exponendo IV, párrafo trigésimo quinto de la LCSP.

(919) Exponendo V, párrafo sexto de la LCSP.

(920) Exponendo IV párrafo trigésimo sexto de la LCSP.

(921) Fue una novedad introducida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a raíz de la transposición de la Directiva 2004/18/CEE que recogía esta figura como consecuencia de los trabajos desarrollados en el *Libro Verde sobre La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones de Futuro* y en la Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996, y Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998, sobre Contratos Públicos en la Unión Europea, que indicaban la necesidad de instaurar procedimientos más flexibles («*Diálogo sujeto a competencia*» y «*acuerdos marco*»), y de definir un marco jurídico para la participación del capital privado en la financiación de infraestructuras y servicios públicos (*Asociación entre el Sector Público y el Sector Privado*). De este modo, en el Considerando 31 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CEE se recoge que «*A los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos puede resultarles objetivamente imposible, sin que por ello se los pueda criticar, definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado. Esta situación puede presentarse, en particular, en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte*



«aparece una nueva regulación de las primas y compensaciones que se pueden entregar a los licitadores en el diálogo competitivo».

Por lo tanto, la primera cuestión que habrá de desentrañar es si la LCSP solamente introduce esta novedad respecto de la regulación que se efectuaba de este procedimiento en el TRLCSP. Efectivamente, el artículo 173 de la LCSP regula de nueva planta lo relativo a las primas o compensaciones que hasta ahora se encontraban reguladas, muy lacónicamente, en el artículo 179.2 del TRLCSP que disponía que *«Los órganos de contratación podrán establecer primas o compensaciones para los participantes en el diálogo»*. El mencionado artículo 173 ha pasado a caracterizarlas a través de las siguientes notas:

– Las primas o compensaciones podrán establecerse en el documento descriptivo dirigidas a todos o algunos de los participantes en el diálogo con el objetivo de fomentar la participación de las empresas que puedan ofrecer las soluciones más apropiadas e innovadoras.

– En el supuesto de que no se reconozcan primas o compensaciones para todos los participantes, éstas se reconocerán a los que obtuvieron los primeros puestos en el orden de clasificación de las ofertas y deberán ser suficientes para el cumplimiento del objetivo mencionado en el párrafo anterior.

– En el caso en que se reconozcan primas o compensaciones, en el expediente de contratación se deberá acreditar la cobertura financiera necesaria para hacer frente al pago derivado de las mismas.

– El pago de las primas o compensaciones se efectuará de conformidad con lo establecido en el artículo 198 de la LCSP, contándose los plazos previstos en él a partir del día siguiente a aquel en que se produjo la formalización del contrato.

Ahora bien, hay que observar que la reforma que introduce la LCSP posee un mayor calado que se concreta en los siguientes aspectos:

1. En cuanto a sus características:

– El artículo 116.3.párrafo primero de la LCSP, como ya se hacía en el artículo 109.3 del TRLCSP, dispone que, en el caso de que se aplique el procedimiento de diálogo competitivo para adjudicar el contrato, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia el artículo 174.1.

– Se trata de uno de los supuestos en los que el artículo 102.7 de la LCSP, al igual que hacía el artículo 87.5 del TRLCSP, admite excepcionalmente la celebración de un contrato con precio provisional cuando, tras la

integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no es posible definir con antelación».



tramitación de un procedimiento de diálogo competitivo, se ponga de manifiesto:

- Que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o
- Que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan determinar con precisión un precio cierto.

– A diferencia de lo que establecía el artículo 179.1 del TRLCSP que confiaba la dirección del diálogo al órgano de contratación, los artículos 172.1, 175.2 y 5, y 176.1 y 2 de la LCSP lo confía a la mesa especial de diálogo competitivo regulada en el artículo 327 y a la que ya se ha hecho referencia en esta obra.

– Cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a un anuncio de licitación, proporcionando la información y documentación para la selección cualitativa que haya solicitado el órgano de contratación.

– El procedimiento de diálogo competitivo podrá utilizarse en los casos enumerados en el artículo 167, relativos al procedimiento de licitación con negociación y publicidad (922).

– El órgano de contratación podrá acordar en el documento descriptivo la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras no procediéndose a la aprobación y compromiso del gasto hasta que se conozca el importe y las condiciones del contrato de acuerdo con la proposición seleccionada, salvo cuando se trate de la elaboración de un proyecto de obras singulares de infraestructuras hidráulicas o de transporte cuya entidad o complejidad no permita establecer el importe estimativo de la realización de las obras, en cuyo caso la previsión del precio máximo se limitará exclusivamente al proyecto y la ejecución de la obra quedará supeditada al estudio de la viabilidad de su financiación y a la tramitación del correspondiente expediente de gasto. En el supuesto de que se renunciara a la ejecución de la obra o no se produzca pronunciamiento en un plazo de 3 meses, salvo que el documento descriptivo estableciera otro mayor, el contratista tendrá derecho al pago del precio del proyecto incrementado en el 5 por 100 como compensación (923).

2. Sobre las normas de procedimiento a aplicar:

El artículo 174 de la LCSP regula de la misma manera lo que ya se incluía en el artículo 181.3 del TRLCSP en relación a que las invitaciones a

(922) Artículo 131.2 párrafo segundo de la LCSP.

(923) Artículos 234.4 y 5 de la LCSP.



tomar parte en el diálogo contendrán una referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha y el lugar de inicio de la fase de consulta, la lengua o lenguas que vayan a utilizarse –aunque el TRLCSP se refería a «*si se admite alguna otra, además del castellano*»–, los documentos relativos a las condiciones de aptitud que, en su caso, se deban adjuntar, y la ponderación relativa de los criterios de adjudicación del contrato o, en su caso, el orden decreciente de importancia de dichos criterios (924).

Sin embargo, en el mismo precepto se introducen las siguientes novedades:

– Después de señalar que los órganos de contratación darán a conocer sus necesidades y requisitos en el anuncio de licitación y los definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo, como hacía el artículo 181.1 del TRLCSP, añade que, al mismo tiempo y en los mismos documentos, también lo harán sobre los criterios de adjudicación elegidos y su definición y sobre el plazo de ejecución aproximado.

– Resultará de aplicación lo previsto para el procedimiento restringido, en relación a las fases y plazo de presentación de solicitudes de participación y de selección de candidatos:

- En relación a la presentación de solicitudes de participación: Solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación (925).

- Sobre el plazo para presentación de solicitudes de participación (926):

- En los contratos sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de las solicitudes de participación deberá ser el suficiente para el adecuado examen de los pliegos y de las circunstancias y condiciones relevantes para la ejecución del contrato, todo ello en atención al alcance y complejidad del contrato, y, en todo caso, no inferior a 30 días, contados

(924) Recuérdense lo que ya se ha señalado en esta obra sobre el carácter «*excepcional*» de este sistema y cuya aplicación por parte del órgano de contratación ha de venir acompañado de motivación suficiente en la fase interna (art. 146.3 último párrafo de la LCSP), es decir, en el expediente de contratación. Se refiere al supuesto en el que, por las razones que fuera, no se pueda entrar a ponderar los criterios elegidos en cuyo caso éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia (véase la Resolución del TACRC número 87/2011, de 23 de marzo). Se trataría, a juicio de los autores de esta obra, de supuestos en los que, en principio y por razones extraordinarias, se decidiera utilizar el procedimiento de licitación con negociación (art. 169.5 de la LCSP), el procedimiento de diálogo competitivo (art. 174.3 de la LCSP), o, en su caso, el procedimiento de asociación para la innovación (art. 179.3 de la LCSP).

(925) Artículo 160.2 párrafo primero de la LCSP.

(926) Artículo 161.1 párrafo primero, 2, 3 y 4 de la LCSP.

a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Los indicados plazos, por expresa exclusión del artículo 119.2.b) 4.º de la LCSP, no podrán sufrir reducción si el órgano de contratación declarase la tramitación urgente del expediente de contratación.

- En los contratos no sujetos a regulación armonizada, el plazo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de 15 días, contados desde la publicación del anuncio de licitación.

- Sobre la documentación que ha de acompañar a las solicitudes de participación: Deberán de ir acompañadas de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos previstos en el artículo 140 de la LCSP, por medio de la declaración europea única de contratación (927), salvo la del documento de constitución de garantía provisional, a tenor de lo previsto en el artículo 161.4 de la LCSP.

- Sobre selección de candidatos (928):

- Con carácter previo al anuncio de licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones.

- El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a 5. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

Si así lo estima procedente, el órgano de contratación podrá igualmente fijar el número máximo de candidatos a los que se invitará a presentar oferta.

En cualquier caso, el número de candidatos invitados debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a dialogar, el órgano de contratación en todo caso deberá asegurarse de que el número mínimo de candidatos capacitados para ejecutar el objeto del contrato será de 3 (929).

(927) Artículo 140.1.b) de la LCSP.

(928) Artículo 162.1, 2, 3, 4 en lo relativo a selección de los solicitantes de la LCSP.

(929) Por lo tanto en este procedimiento se mantiene, como en el artículo 181.2 del TRLCSP y a diferencia de lo que se ha comentado en el artículo 166.1 de la LCSP para el procedimiento de licitación con negociación, la necesidad de que se invite a dialogar en este supuesto al menos a 3 candidatos.

- Los criterios o normas objetivos y no discriminatorios con arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos, así como el número mínimo y, en su caso, el número máximo de aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones se indicarán en el anuncio de licitación.

- El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda.

- Sobre el contenido de las invitaciones e información a los candidatos, se realizarán las indicaciones pertinentes para permitir el acceso por medios electrónicos a los pliegos y demás documentación complementaria, o, si estuviera permitido dar acceso por medios no electrónicos (930), indicará esta circunstancia y la forma en que la documentación será puesta a disposición de los candidatos, incluyendo, en su caso, el caso de que la misma obrase en poder de una entidad u órgano distinto del que tramita el procedimiento, en cuyo supuesto se indicará además de la forma de acceder a ella, la fecha límite, así como el importe y las modalidades de pago de la cantidad que, en su caso, haya de abonarse.

3. Sobre el desarrollo del diálogo:

El artículo 175 de la LCSP reproduce, con la salvedad ya señalada respecto a la dirección del diálogo a cargo de la mesa especial de diálogo competitivo, el artículo 182 del TRLCSP respecto a los siguientes aspectos:

- Se desarrollará con los candidatos seleccionados un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados.

- Durante el diálogo, se dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

- La mesa no podrá revelar a los demás participantes, en referencia al procedimiento de licitación con negociación (931), las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que este les comunique sin previo consentimiento de éste.

En este sentido, se recuerda lo que establece en el artículo 139.2 de la LCSP, que recoge lo que se disponía en el artículo 145 del TRLCSP, en

(930) Artículo 138.2 de la LCSP.

(931) El artículo 175.2 de la LCSP se remite al artículo 169.7 cuando, a juicio de los autores de esta obra, sería más adecuado hacer una referencia en ambos casos al artículo 133 de la propia LCSP, que se dedica monográficamente a la confidencialidad en la contratación pública.



relación a que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo.

– El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios de adjudicación indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad.

El número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

– Se proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, la solución o soluciones presentadas por cada uno de los participantes durante la fase de diálogo, que puedan responder a sus necesidades.

– Tras declarar cerrado el diálogo por el órgano de contratación e informar de ello a todos los participantes, la mesa de diálogo competitivo invitará a los participantes cuyas soluciones hayan sido ya adoptadas a que presenten su oferta definitiva, basada en su solución o soluciones viables especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas.

No obstante, el propio artículo 175 de la LCSP introduce estas dos novedades respecto de lo que establecía el citado artículo 182 del TRLCSP:

– Se introduce que, a petición del licitador que haya sido descartado en la fase de diálogo, la mesa informará lo antes posible y en todo caso dentro de los 15 días siguientes al de recepción de la solicitud por escrito de aquel, del desarrollo del diálogo con los licitadores.

– La mesa de diálogo competitivo, una vez determinada la solución o soluciones que hayan de ser adoptadas para la última fase del proceso de licitación por el órgano de contratación, propondrá que se declare el fin del diálogo, así como las soluciones a adoptar, siendo invitados a la fase final los participantes que hayan presentado las mejores soluciones.

4. Sobre presentación, examen y adjudicación a la oferta que presente la mejor relación calidad precio:

En el artículo 176 de la LCSP destaca poderosamente que, a diferencia de lo que se señalaba en el artículo 183.2 del TRLCSP que especificaba que la adjudicación se haría eligiendo la oferta económicamente más ventajosa que, como ya se ha analizado, englobaba tanto el uso de un criterio



como de varios criterios, dispone que se utilizará el sistema de calidad-precio que, como ya se ha señalado a tenor del artículo 145.1 párrafo primero de la LCSP, pasa a ser la regla general frente al sistema de coste-eficacia. En este caso, por expresa mención en el artículo 176.2, se aplicará este sistema toda vez que lo que el órgano de contratación busca es que la definición de la prestación sea susceptible de ser mejorada por los licitadores por medio de otras soluciones técnicas o por reducciones en el plazo de ejecución del contrato (932).

Aparte de lo señalado, el mencionado artículo 176 reproduce lo que ya disponía el artículo 183 en relación a que las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto, a que se podrán solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio, y a que se evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, pero prevé lo siguiente respecto a la actuación de la mesa especial de diálogo competitivo, siempre que no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación pública, en particular las necesidades y los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, y no conlleve un riesgo de falseamiento de la competencia ni tenga un efecto discriminatorio:

- Que podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas.
- Que podrá llevar a cabo negociaciones con el licitador cuya oferta se considere que presenta la mejor relación calidad-precio con el fin de confirmar compromisos financieros u otras condiciones contenidas en la oferta, para lo cual se ultimarán las condiciones del contrato.

El artículo 176.4 de la LCSP concluye que, con la elevación de la propuesta de adjudicación por la mesa especial de diálogo competitivo, el órgano de contratación procederá a la adjudicación de modo que, según lo establecido en el artículo 150.3 de la LCSP, concrete y fije los términos definitivos del contrato.

(932) Véase Resolución del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi número 114/2016, de 27 de octubre, sobre la justificación reforzada que debe tener la opción de dar preponderancia a los criterios sujetos a juicio de valor sobre los que son de valoración automática.



c) PROCEDIMIENTO DE ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

Como novedad de la LCSP hay que destacar que la asociación para la innovación es un procedimiento que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes (933).

En cuanto a la regulación que se efectúa en la LCSP cabe señalar lo siguiente:

1. En cuanto a la caracterización del procedimiento:

– Se establece en el artículo 178.2 de la LCSP los siguientes plazos específicos mínimos para la recepción de las solicitudes de participación:

- De 30 días, a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

En este supuesto, por expresa referencia del artículo 119.2.b).4.^a de la LCSP, el plazo no podrá reducirse en el caso de que el órgano de contratación declare la tramitación urgente del procedimiento de adjudicación.

- De 10 días, a contar desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, si el contrato no se encuentra sujeto a regulación armonizada.

Por lo tanto, en este procedimiento, a diferencia de lo que ya se ha señalado en esta obra respecto al procedimiento de diálogo competitivo, no se realiza una remisión a lo que se establece para el procedimiento restringido, que, por cierto, prevé, para el caso de los contratos no sujetos a regulación armonizada, un plazo mínimo superior [15 días (934)].

– Se aplican a este procedimiento las mismas características especiales que ya se han señalado en esta obra respecto al procedimiento de diálogo competitivo:

- Se trata de uno de los supuestos en los que el artículo 102.7 de la LCSP, al igual que hacía el artículo 87.5 del TRLCSP, admite excepcionalmente la celebración de un contrato con precio provisional cuando, tras la tramitación de un procedimiento de asociación para la innovación, se ponga de manifiesto:

(933) Ministerio de Economía y Competitividad. «Guía 2.0 para la compra pública de innovación». http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf. Junio de 2015.

(934) Artículo 161.3 de la LCSP.



- Que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o

- Que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan determinar con precisión un precio cierto.

- Se observará que las proposiciones sean secretas sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en este procedimiento de adjudicación (935).

- Sobre la documentación que ha de acompañar a las solicitudes de participación, deberán de ir acompañadas de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos previstos en el artículo 140 de la LCSP, por medio de la declaración europea única de contratación (936).

- A tenor del artículo 150.3, párrafo primero, el órgano de contratación procederá a la adjudicación de modo que concrete y fije los términos definitivos del contrato.

– No obstante, se introducen las siguientes especificidades de este procedimiento de adjudicación en la LCSP:

- Se confía, a tenor del artículo 326.2.e) de la LCSP, la selección de los candidatos a la mesa de contratación, siempre que así se haya delegado por el órgano de contratación, haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. A dicha mesa se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse la asociación para la innovación, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto (937).

- En relación al valor estimado del contrato, el artículo 101.14 de la LCSP establece que se tendrá en cuenta el valor máximo estimado, excluido el IVA, de las actividades de investigación y desarrollo que esté previsto que se realicen a lo largo de la duración total de la asociación, y de los suministros, servicios u obras que esté previsto que se ejecuten o adquieran al final de la misma.

2. Respecto al desarrollo del mismo, los artículos 177 a 182 de la LCSP distinguen estos 4 momentos:

(935) Artículo 139.2 de la LCSP.

(936) Artículo 140.1.b) de la LCSP.

(937) Artículo 327 de la LCSP.



– Selección de candidatos:

La nota esencial de este procedimiento de adjudicación, como ya se ha señalado, es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no se puede lograr mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado, circunstancia que se habrá de justificar en los pliegos de cláusulas administrativas, junto con los elementos de la descripción que constituirán los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores, y la definición de las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los empresarios puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

Cualquier empresario podrá solicitar su participación en el proceso selectivo, en el cual los órganos de contratación aplicarán criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de investigación y desarrollo, así como en la preparación de soluciones innovadoras.

Solo los seleccionados en función de la información presentada, podrán presentar proyectos de innovación e investigación. El número de seleccionados puede limitarse, pero nunca serán menos de 3.

El órgano de contratación podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separados las actividades de investigación y desarrollo y que serán seleccionados en la forma prevista en los artículos 178 y 179 de la LCSP.

Los contratos que se adjudiquen por este procedimiento se regirán:

- En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, por las prescripciones contenidas en los pliegos y, suplementariamente, por las normas del contrato de servicios.
- En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate.

– Negociación con los licitadores:

En primer lugar, seleccionados los candidatos, el órgano de contratación invitará a los mismos a presentar sus proyectos de investigación e innovación para responder a las necesidades planteadas en el objeto del contrato, para que, acto seguido, pasar al núcleo de la fase de la negociación, siempre teniendo en cuenta que se parte desde unos criterios mínimos e inamovibles que determinarán la adjudicación con los candidatos seleccionados.

Los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores, excepto la oferta definitiva.



Estas negociaciones pueden desarrollarse en fases sucesivas, para reducir el número de ofertas que haya que negociar aplicando los criterios de adjudicación. Los contratos se adjudicarán de acuerdo con el criterio de mejor calidad-precio, tal como se describe en el artículo 145.2 de la LCSP, teniendo en cuenta factores como el fomento de la integración social, los planes de igualdad de género o la conciliación de la vida laboral y familiar.

Durante la negociación, los órganos de contratación velarán por que todos los licitadores reciban igual trato.

– Asociación con los socios:

La asociación se estructura en fases sucesivas, siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación hasta llegar a la fabricación productos, prestación de servicios o realización de las obras.

La asociación determinará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá los pagos de retribución en plazos adecuados. Sobre la base de esos objetivos, al final de cada fase el órgano de contratación podrá decidir resolver la asociación para la innovación o reducir el número de socios si son más de 1. La resolución de la asociación para la innovación o la reducción del número de candidatos participantes darán lugar a indemnización.

– Adquisición del producto resultante:

Concluidos los trabajos de investigación y desarrollo, se inicia la fase de evaluación, tanto de los resultados como sus costes, de manera que el valor estimado de los suministros, servicios u obras estarán en proporción con la inversión necesaria para su desarrollo de acuerdo con lo establecido en el pliegos de cláusulas administrativas que concluirá con la adjudicación. Si la adquisición implica la realización de prestaciones sucesivas, solo podrá llevarse a cabo durante un periodo máximo de 4 años a contar a partir de la recepción de la resolución sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros.

7. DECISIÓN DE NO ADJUDICAR Y DESISTIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO

Lo primero que hay que advertir, a juicio de los autores de esta obra, son dos cuestiones: Por un lado, que la LCSP ha dotado de nueva denominación a lo que hasta ahora se conocía como renuncia y la ha sustituido por la de decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, y, por otro, que es preciso distinguir la figura del desistimiento de la posibilidad de que el órgano de contratación observe una infracción no subsanable y decida retrotraer las actuaciones al momento que corresponda, siempre con carácter previo a la



adjudicación, con la finalidad de no llegar, como en el caso de desistimiento, a frustrar la celebración de ese contrato. En este sentido, el artículo 155 de la LCSP introduce una importante novedad respecto a la información que deberán facilitar los órganos de contratación a los candidatos y licitadores en relación con volver a iniciar el procedimiento.

El artículo 152 de la LCSP reitera el contenido del artículo 155 del TRLCSP procediendo, básicamente, a efectuar la sustitución de la renuncia por su nueva denominación y señalando lo siguiente:

1. En caso de desistimiento o decisión de no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria (938), deberá notificarlo a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el DOUE.

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, solo podrá adoptarse por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, de modo que no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

3. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación, una vez que se haya superado la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, que deberá justificarse en el expediente.

En relación a lo señalado en el párrafo anterior, cabe señalar lo siguiente:

– El artículo 152.4 de la LCSP dispone que el desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. Ello quiere decir, a juicio de los autores de esta obra, que habrá que acudir a lo previsto en los artículos 38 y 39 de la LCSP pues la categoría de las infracciones no subsanables caerán dentro de la categoría de la nulidad de pleno derecho ya que las subsanables lo serán por la vía de la convalidación de los actos o contratos anulables o por la de las irregularidades no invalidantes a tenor de lo previsto, respectivamente, en los artículos 52 y 109 de la LPACAP.

– A veces ocurre que el órgano de contratación, a la vista de la infracción no subsanable producida y a la necesidad de propiciar la satisfacción de la necesidad en los términos del artículo 28 de la LCSP, acude a la vía del procedimiento de licitación con negociación sin publicidad al amparo

(938) Respecto a la universalidad de la aplicación de la decisión de no adjudicar o celebrar un contrato y del desistimiento, véase la Resolución del TACRC número 267/2012, de 30 de noviembre, en la que señaló que es admisible en Derecho, tal y como ha señalado el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, entre otros el de fecha 21 de septiembre del año 2000.



del artículo 168.b)1.º en función de una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119. En este caso, lógicamente, el verdadero caballo de batalla y posible fraude de ley vendrá de la motivación de que la causa que desencadenó el desistimiento fue un acontecimiento imprevisible para el órgano de contratación y no imputable al mismo. Sin embargo, dicho esto que en todo caso deberá quedar motivado en el expediente de contratación del nuevo procedimiento extraordinario, lo cierto es que en éste, a tenor de lo previsto en el artículo 170 en relación a los artículos 169.2 y 168 de la LCSP, el órgano de contratación no estará obligado a invitar a la totalidad de los licitadores que concurrieron al procedimiento del que se desistió, sino que su obligación se limitará a invitar a, al menos, 3 licitadores. La posibilidad de invitar a más licitadores es una cuestión que queda dentro de la discrecionalidad del órgano de contratación (939).

Frente a estas cuestiones que eran predicables respecto de la renuncia y el desistimiento al amparo de lo que establecía el artículo 155 del TRLCSP, el artículo 152.2 y 4 de la LCSP introduce las siguientes novedades:

1. Se trata de decisiones que podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización del contrato, lo que plantea estas inquietudes:

– Por un lado, resulta evidente que con esta reforma se adapta la redacción que se hacía en el artículo 155.2 del TRLCSP a la producida, en cuanto al momento de perfección del contrato, por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. Ahora, como ya se ha señalado en esta obra, el artículo 36 de la LCSP señala que todos los contratos se perfeccionarán con la formalización excepto los contratos basados en acuerdo marco, los contratos específicos derivados de sistema dinámico de adquisición y los contratos menores.

– Sin embargo, por otro lado, con la salvedad de los contratos que se perfeccionan con la adjudicación a los que se acaba de hacer referencia, surge la duda de si resulta congruente que la posibilidad de no celebrar el contrato o desistir del mismo se extienda hasta el momento de la formalización contractual.

(939) Véase la Resolución del TACRC número 198/2011, de 17 de julio.

En principio parece que la cuestión, en el caso de la decisión de no celebrar el contrato, no tendría mayor problema. No obstante, en el caso del desistimiento, debe ponerse en relación la oportunidad de la reforma introducida en la LCSP con la posible interposición de un recurso especial respecto de un contrato que adoleciera de alguna infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. En este caso, cabría señalar estos dos momentos:

- Si el recurso se hubiera interpuesto contra los pliegos, el anuncio de licitación u otros documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, parece lógico que si el órgano de contratación se diera cuenta de que, al hilo del recurso, el contrato adoleciera de una infracción no subsanable pudiera instar el desistimiento del mismo antes de la adjudicación del contrato.

- Si, por el contrario y después de haber efectuado el anuncio de licitación, el recurso se dirigiera contra algún acto de trámite cualificado, en los términos a que se refiere el último inciso del artículo 44.2.b) de la LCSP, o contra el acuerdo de adjudicación, no parece lógico que, prejuzgando la decisión del órgano competente para conocer de dicho recurso especial, el órgano de contratación pudiera ejercer unilateralmente el desistimiento frustrando la finalidad del propio recurso. En este sentido, el artículo 56.2 párrafo primero de la LCSP dispone que en la tramitación del recurso el órgano de contratación solamente deberá remitir el expediente de contratación acompañado de un informe sobre el objeto de la impugnación.

Por las razones señaladas, a juicio de los autores de esta obra, de *lege ferenda* el momento hasta el cual debería poderse desistir de un contrato sería no el de la formalización, como señala de *lege lata* el artículo 152.2 de la LCSP, sino el de la adjudicación del contrato.

2. En caso de desistimiento o decisión de no adjudicar o celebrar un contrato, el artículo 152.2 de la LCSP matiza lo siguiente:

- No se compensará a todos los candidatos o licitadores sino solamente a los que sean aptos para participar en la licitación por los gastos en que hubiesen incurrido.

Ello marcaría una excepción a lo previsto en el artículo 150.2 de la LCSP pues, en estos supuestos, se hace necesario analizar la documentación acreditativa de los extremos a que se refiere el artículo 140.1.a) a c), es decir, de los requisitos previos de capacidad y aptitud para contratar, con la finalidad de comprobar si los licitadores o candidatos resultan aptos para participar en la licitación.

- La compensación se realizará en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, no en base a los principios generales que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración como hacía el artículo 155.2



del TRLCSP, sino de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común (940).

En este sentido al artículo 34, 2,3 y 4 de la LRJSP establece lo siguiente:

- La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

- La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la LGP (941), o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

- La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

3. El artículo 152.4 de la LCSP establece una distribución de competencias a la hora de adoptar la decisión de no adjudicar o celebrar un contrato o de desistir, disponiendo lo siguiente:

- En el supuesto de acuerdos marco, corresponderá al órgano de contratación que inició el procedimiento para su celebración.

- En el caso de contratos basados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, se realizará por el órgano de contratación de oficio, o a propuesta del organismo destinatario de la prestación.

(940) Véase la Resolución número 267/2012, de 30 de noviembre, en la que se señala que la previsión del artículo 155.2 del TRLCSP se refiere a dos supuestos, bien en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, bien de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración, por lo que el empleo de la conjunción disyuntiva «o» se refiere a la forma de realizar la compensación pero no a la procedencia o no de la misma. En este sentido, el Consejo de Estado, tanto en su Memoria del año 2000 como en su Dictamen 2667/2000, de 21 de septiembre, ya se refirió a las repercusiones indemnizatorias que deriven del desistimiento precontractual, tratándose de un supuesto que podría subsumirse bajo el manto de la denominada culpa «*in contraendo*».

(941) Artículo 24 párrafo primero que señala que «*Si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación*». El artículo 17.2 dispone que «*El interés de demora resultará de la aplicación, para cada año o periodo de los que integren el periodo de cálculo, del interés legal fijado en la Ley de Presupuestos para dichos ejercicios*».

Por último, el artículo 63.3.e) de la LCSP establece que serán objeto de publicación en el perfil de contratante tanto la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato como el desistimiento del procedimiento de adjudicación.

8. ADJUDICACIÓN CONTRACTUAL

A. Introducción

Conviene recordar, a juicio de los autores de esta obra, que, como ya se ha señalado con anterioridad en esta obra, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, después de la reforma producida por la Ley 34/2010 (942) abandonó totalmente el principio general imperante en nuestro ordenamiento que señalaba que los contratos quedaban perfeccionados con la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente. Ello motivó que la formalización, que hasta entonces era un requisito formal del contrato, pasó a tener un carácter constitutivo al ser necesaria para que el contrato existiese.

En la LCSP, con la matización ya realizada en cuanto a los contratos menores y los contratos basados y específicos celebrados como efecto de un acuerdo marco o un sistema dinámico de adquisición, mantiene que los contratos públicos quedarán perfeccionados con su formalización.

B. Clasificación de las ofertas

Lo primero que hay que señalar es que, a tenor del artículo 84 del RG-TRLCAP y aunque la LCSP no entre a referirse a ello, tanto si se ha utilizado el sistema de coste-eficacia (precio, o rentabilidad) como el de calidad-precio para determinar los criterios de adjudicación, según lo ya analizado en esta obra, la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación procederá a rechazar la oferta o proposición que hubiera superado el valor estimado del contrato (943).

(942) Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. La razón de una reforma tan profunda como ésta vino motivada por la STJUE de 3 abril de 2008 (Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, Asunto C-444/06).

(943) Artículo 84 del RGTRLCAP aunque señala que «*si alguna proposición ... excediese del presupuesto base de licitación, ... será desechada por la mesa, en resolución motivada*». Véase la Resolución del TACRC número 27/2010, de 9 de diciembre, en la que curiosamente el licitador indicó que lo hizo porque entendía que no era posible ofertar el precio de licitación y aún menos un precio inferior al mismo toda vez que las condiciones del pliego para la partida en cuestión no se corresponden con la situación real actual en el mercado.

Respecto a la determinación de los criterios de adjudicación, es preciso hacer una breve referencia a la doctrina jurisprudencial de la «*discrecionalidad técnica de la Administración*» (944) que propugna la defensa de que, en el ámbito de la contratación pública, es competencia de los órganos de contratación la fijación de los aspectos técnicos tanto en la fase interna del contrato, es decir, en el momento de elaborar los pliegos que tienen fuerza de ley entre las partes, como en la externa cuando resulta imprescindible que se realice una aplicación individualizada de dichos criterios a los licitadores con la finalidad de seleccionar la mejor oferta. En este segundo momento, y en contra de lo mantenido con anterioridad (945), se defiende un más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión «*mejor oferta*» es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que solo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (946). Para ello se han de respetar absolutamente las reglas previamente establecidas por ella en el correspondiente pliego.

Desde ese punto de vista, la facultad de control jurisdiccional es posible y no puede suponer una sustitución de las funciones que en materia de valoraciones técnicas (947) corresponden a los órganos de contratación. Ello no significa, de ninguna manera, que en los temas de carácter técnico la Administración pueda apreciarlos libremente, sino que el control de legalidad, que parte del principio general de que debe respetarse la valoración técnica que corresponde a los órganos de contratación, debe ceñirse al análisis de los siguientes extremos (948):

– A si en la apreciación y valoración de los elementos técnicos el órgano de contratación ha actuado sin discriminación entre los licitadores, es decir, sin que los criterios de valoración aplicados a unos hayan sido diferentes de los aplicados a otros (949).

(944) Véase Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón número 98/2015, de 13 de noviembre, sobre discrecionalidad técnica a la hora de la valoración de los criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor.

(945) La jurisprudencia clásica, entendía que la adjudicación suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas (SSTS 18 de mayo de 1982, 13 de abril de 1983, 9 de febrero de 1985, y 14 de abril de 1987).

(946) SSTS 2 de abril y 11 de junio de 1991.

(947) STC de 26 de enero de 2009. En la STC de 4 de abril de 2007 se recuerda que constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la función hermenéutica corresponde a los órganos de instancia, sin que sea posible corregir sus resultados, en sede casacional, salvo que se haya alcanzado una interpretación que sea manifiestamente ilógica, arbitraria e ilegal, en coherencia con reiterada jurisprudencia de este Tribunal.

(948) Véase por todas las SSTS de 30 de noviembre de 2000 y 27 de julio de 2002, y STSJ de la Comunidad de Madrid de 24 de octubre de 2012. Resoluciones del TACRC números 87/2011, de 23 de marzo, 99/2011, de 6 de abril, 107/2011, de 15 de abril, 176/2011, de 29 de junio, 189/2011, de 20 de julio, y 295/2011, de 7 de diciembre.

(949) Por ejemplo, en caso de que se hayan tenido en cuenta mejoras no previstas en los pliegos (por ejemplo, en el supuesto analizado en la STS de 11 de octubre de 2012 en el que después de fijarse en los pliegos tres criterios –precio, mejoras introducidas y plazo de entrega a los que se atribuía un

– A si no se ha incurrido en error patente en la apreciación de las características técnicas valoradas.

– A si no se ha producido ninguna infracción legal en el cumplimiento de los requisitos y trámites del procedimiento de valoración, bien a nivel reglamentario bien en relación a los pliegos.

La conclusión es clara: Si no se ha vulnerado alguno de los extremos señalados, los resultados de la valoración técnica habrán de ser respetados y no podrán ser controlables desde el punto de vista jurídico.

La LCSP desgaja en los artículos 150 y 151 lo que en el TRLCSP era objeto del artículo 151 del TRLCSP, con algunas especialidades en relación a la subasta electrónica (950). Ello puede transmitir la idea de que se introducen numerosas modificaciones en lo que era el régimen jurídico aplicable a las labores de clasificación de las ofertas o proposiciones, de elaboración de la propuesta de adjudicación, de la realización del acuerdo de adjudicación y de notificación y publicación de la misma. Sin embargo, con ciertas novedades a las que se va a hacer referencia más adelante, se mantienen los siguientes fundamentos básicos que se habían establecido en el TRLCSP:

1. Aunque, como en buena parte de la LCSP, confiere esta función de clasificación de las ofertas o proposiciones a la mesa de contratación (951)

peso de 45, 40 y 15 puntos respectivamente– en el informe técnico, a propósito del criterio mejoras, introduce de forma sorpresiva dos subcriterios al valorarlas en euros y en tiempo otorgando a las primeras un peso del 25% y del 15% a las valorables en tiempo), o de que sea valorada una prestación que ya a aparecía como de obligado cumplimiento en la descripción del objeto contractual.

(950) El artículo 143.6 y 8 de la LCSP dispone lo siguiente:

«6. La invitación incluirá toda la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica.

Igualmente se indicará en la invitación el resultado de la evaluación completa de la oferta del licitador de que se trate y la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios, revisados a la baja, o de los nuevos valores, que mejoren la oferta, que se presenten.

Excepto en el supuesto de que la oferta más ventajosa económicamente se determine sobre la base del precio exclusivamente, esta fórmula incorporará la ponderación de todos los criterios fijados para determinar la oferta económicamente más ventajosa, tal como se haya indicado en el anuncio de licitación o en la invitación inicialmente enviada a los candidatos seleccionados y o en el pliego, para lo cual, las eventuales bandas de valores deberán expresarse previamente con un valor determinado.

En caso de que se autorice la presentación de variantes, se proporcionará una fórmula para cada una de ellas.»

«8. La subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases sucesivas.

A lo largo de cada fase de la subasta, y de forma continua e instantánea, se comunicará a los licitadores, como mínimo, la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento.

Adicionalmente, se podrán facilitar otros datos relativos a los precios o valores presentados por los restantes licitadores, siempre que ello esté contemplado en el pliego que rige la licitación, y anunciarse el número de los que están participando en la correspondiente fase de la subasta, sin que en ningún caso pueda divulgarse su identidad.»

(951) Salvo respecto a la adjudicación en los contratos de servicios de concurso de proyectos que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado, véanse artículos 181 a 187 de la LCSP.



o, en su defecto, al órgano de contratación, mantiene que se hará una clasificación por orden decreciente de las presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación. El artículo 173.1 párrafo segundo de la LCSP establece que, si en el procedimiento de diálogo competitivo no se establecieran primas o compensaciones, éstas solo se reconocerán a los que obtuvieron los primeros puestos en el orden de clasificación de las ofertas.

En relación a dicho aspecto, cabe realizar estas consideraciones:

– El artículo 150.1 párrafo primero de la LCSP ha suprimido, respecto a lo que se disponía en el artículo 151.1 del TRLCSP, el inciso relativo a que se realizará la clasificación de las ofertas o proposiciones presentadas *«y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente»*.

A juicio de los autores de esta obra, aunque la redacción vigente suprime dicho inciso, debería tenerse presente que la clasificación se realizará solamente de las ofertas o proposiciones presentadas y no excluidas por haber incurrido en valores anormales o desproporcionados a tenor de lo previsto en el artículo 149 de la LCSP.

– Debe señalarse que la referencia que se hace en el artículo 150.1 párrafo primero de la LCSP a que las ofertas o proposiciones se ordenarían por orden decreciente nada tiene que ver ni con lo previsto en los artículos 146.3 último párrafo y 163.1, que se refieren, como ya se ha comentado en esta obra, al sistema *«excepcional»* de aplicación de los criterios de adjudicación cuando no sea posible llevarlo a cabo por el *«habitual»*, es decir, o bien no articulándolos en varias fases fijando la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, o bien haciéndolo en fases con expresión de en cuáles de ellas se aplicarán los distintos criterios, en cuyo caso se enumerarán por orden decreciente de importancia (952).

En este caso se plantea la duda de si el fallo de dicho jurado equivaldría al acuerdo de adjudicación contractual o solamente a un requerimiento previo a ésta. En relación a dicho asunto, la respuesta no puede ser unívoca sino que dependerá de examinar caso a caso las bases del concurso y cómo está estructurada la tramitación procedimental. En tal sentido, véase la Resolución del TACRC número 267/2012, de 30 de noviembre, en la que se señala lo siguiente:

1. Cuando en las bases se había previsto que el ganador obtendría el abono del premio y el encargo del proyecto de dirección y ejecución de obras, la Jurisprudencia ha fallado a favor del ganador reconocido por el jurado al que, sin embargo, no se le adjudicó el contrato (SSTS de 16 de marzo de 2005 y de 8 de julio de 2009, ambas de la sección 4.^a).

2. En otros casos, como por ejemplo cuando una vez elevado al órgano de contratación el fallo del jurado daría lugar al inicio del procedimiento de negociado con el clasificado en primer lugar, el fallo del jurado no se constituye en la adjudicación del contrato, que tendrá lugar en un momento ulterior tras la oportuna negociación. En este supuesto el ganador tendría derecho *ex lege*, lo indiquen o no las bases, a la publicación del resultado del concurso de proyectos pero no a la ulterior publicación de la adjudicación tras la tramitación y conclusión de la negociación.

(952) Véase la Resolución del TACRC número 87/2011, de 23 de marzo. Se trataría, a juicio de los autores de esta obra, de supuestos en los que, en principio y por razones extraordinarias,



2. Se mantiene en el párrafo segundo del artículo 150.1 de la LCSP lo que se establecía en el artículo 151.1 del TRLCSP en relación a que para realizar la clasificación de las ofertas o proposiciones, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes (953) que deberán ser motivados (954) y podrán ser emitidos, siempre que no se trate de la valoración de ofertas técnicas que sometidas a juicios de valor, una vez que se haya llevado a cabo el acto de apertura de proposiciones económicas pues dicho comportamiento no comprometerá la objetividad de la adjudicación ni el principio de igualdad de los licitadores ya que descansa en criterios plenamente objetivos y cuantificables de forma automática.

Ahora bien, a juicio de los autores de esta obra, resulta sorprendente que en la nueva redacción que da la LCSP se haya suprimido la referencia que hacía el mencionado artículo 151.1 a que los criterios de adjudicación se habrían de señalar en los pliegos o en el anuncio, toda vez que en el artículo 150.2 párrafo primero de la LCSP se dispone que *«Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo»*.

Por tanto, la interpretación del párrafo segundo del artículo 150.1 de la LCSP ha de realizarse de modo integrado con lo previsto en el artículo 150.2 párrafo primero en el sentido de que para realizar la clasificación de las ofertas o proposiciones, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

3. El inciso final del párrafo segundo del artículo 150.1 de la LCSP dispone, exactamente igual que hacía el artículo 151.1 inciso final del TRLCSP, que cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo.

se decidiera utilizar el procedimiento de licitación con negociación, el procedimiento de diálogo competitivo, o, en su caso, el procedimiento de asociación para la innovación.

(953) A este fin, no deberán sustituirse los mencionados informes por un mero cuadro resumen de puntuaciones. Véase la Resolución de 28 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2009 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas.

(954) En este sentido, en SSTs de 27 y de 31 de enero, de 2 de febrero, de 12 de abril y de 21 de junio de 2000 y de 29 de mayo de 2001 se ha señalado que la exigencia de motivación *«no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones»*, ya que *«la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgano judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos»*. Véase la Resolución del TACRC número 241/2011, de 19 de octubre.



En relación a dicha cuestión sorprende que, como ya se ha señalado en esta obra, no se haya redactado de otra manera este inciso toda vez que la LCSP modifica los sistemas de determinación de los criterios de adjudicación señalando, a diferencia de lo que se establecía en el TRLCSP, que la regla general será el de calidad-precio (varios criterios entre los que estará necesariamente el que tenga que ver con el precio o la rentabilidad) en detrimento del de coste-eficacia (precio o la rentabilidad).

4. En el artículo 150.2 de la LCSP continúa disponiendo, de modo adaptado a la nueva participación de la mesa de contratación en la clasificación y a la nueva denominación que se refiere ya no a la oferta económicamente más ventajosa sino a la mejor oferta, que, una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de 10 días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la siguiente documentación justificativa:

– Respecto a la acreditación de los requisitos de capacidad y aptitud para contratar (CAC), el sistema previsto en la LCSP se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

ACREDITACIÓN REQUISITOS PREVIOS: C A C (ARTÍCULO 140)		
DEBERÁN CONCURRIR EN LA FECHA FINAL DE PRESENTACIÓN DE OFERTAS PROPOSICIONES Y SUBSISTIR EN EL MOMENTO DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO (ARTÍCULO 140.4)		
ABIERTO	DUEC (ARTÍCULO 141) + ACREDITACIÓN	SOCIEDAD VÁLIDAMENTE CONSTITUIDA Y QUE CONFORME A SU OBJETO SOCIAL PUEDE PRESENTARSE A LA LICITACIÓN
		FIRMANTE DUEC Y DE PROPOSICIÓN OSTENTA LA DEBIDA REPRESENTACIÓN
		CLASIFICACIÓN, EN SU CASO, O QUE CUMPLE LOS REQUISITOS DE SOLVENCIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA O PROFESIONAL EXIGIDOS
		NO PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR SÍ NI POR EXTENSIÓN
		DIRECCIÓN POSTAL ELECTRÓNICA SEGÚN PCAPS
		DOCUMENTO GARANTÍA PROVISIONAL, EN SU CASO
	EXTREMOS ADICIONALES DUEC	PCAPS/DOC. DESCRIPTIVO
POR CADA EMPRESA	ACREDITACIÓN POR MEDIOS EXTERNOS	UTE + COMPROMISO
POR CADA LOTE		
EMPRESAS EXTRANJERAS	SOMETIMIENTO A LA JURISDICCIÓN TRIBUNALES ESPAÑOLES	

Gráfico número 20

(Se resalta en color rojo el título para expresar la extensión de la novedad incorporada por la LCSP)



La acreditación de la capacidad y aptitud para contratar, es decir, la concerniente al cumplimiento de los requisitos previos que, hasta la propuesta de adjudicación, se han venido sobreentendiendo cumplidos sobre la base del documento europeo único de contratación presentado por el licitador o por otras empresas si se recurriera a acreditar la solvencia por medios externos (955), y medios de otras empresas y que se refieren a los siguientes extremos (956):

- A que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante de la declaración ostenta la debida representación para la presentación de la proposición y de aquella.
- A que cuenta con la correspondiente clasificación, en su caso, o que cumple los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos, en las condiciones que establezca el pliego.
- A que no está incurso en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3 de la LCSP.
- A la designación de una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser habilitada de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma. Esta circunstancia deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- En el caso de solicitudes de participación en los procedimientos restringido, de licitación con negociación, en el diálogo competitivo y en el de asociación para la innovación, la comprobación de los criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 87 a 91, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones.

(955) El artículo 140.1.c) de la LCSP dispone que *«En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la presente Ley, cada una de ellas también deberá presentar una declaración responsable en la que figure la información pertinente para estos casos con arreglo al formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.*

La presentación del compromiso a que se refiere el apartado 2 del artículo 75 se realizará de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero del presente artículo».

El mencionado apartado 3 del artículo 140 establece en su párrafo segundo que *«No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y éstos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares».*

Véase Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público número 62/2017, de 3 de abril, sobre funcionalidad y condiciones de presentación de la declaración europea única en materia de contratación cuando una empresa licitadora se basa en las capacidades de otra empresa.

(956) Artículo 140.1.a), b) y c), 140.3 párrafo segundo, y 162 de la LCSP.



– De disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2 de la LCSP.

– De haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.

En todo caso, deberá acreditarse sin ningún género de duda (957) que el licitador reúne los requisitos de capacidad y aptitud para contratar exigidos en los pliegos de cláusulas administrativas.

Los correspondientes certificados (958) podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos (959). En relación a los mismos, la normativa aplicable exige que el procedimiento permita comprobar la autenticidad de la copia e introducir un código seguro de verificación (960).

Lo señalado pudiera dar la impresión de que no plantea mayor problema para el órgano de contratación, sin embargo no es así por las siguientes razones:

– Porque la mesa de contratación en el procedimiento abierto ordinario y simplificado, de acuerdo con lo señalado en los artículos 157.1 párrafo segundo y 6 y 159.4.f) 2.º de la LCSP, se encargará, como ha venido siendo la tradicional en el TRLCSP y en la normativa anterior, de formular la propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, propuesta que éste puede rechazar de forma motivada.

– Sin embargo, el artículo 162 de la LCSP cuando regula la selección de candidatos en el procedimiento restringido, que resulta aplicable a tenor de lo previsto en los artículos 169.2, 174.2 y 178.3 de la LCSP, a los procedimientos de licitación con negociación, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, no se hace eco de la reforma operada en el artículo 140 y mantiene la redacción que se hacía en el artículo 165.1 del TRLCSP, es decir, sigue considerando en su apartado 4 que el órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que

(957) Véase las Resoluciones del TACRC números 142/2011, de 11 de mayo, y 175/2011, de 29 de junio.

(958) Circular 1/2018, de 23 de enero, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre los efectos derivados de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

http://www.igae.pap.minhafp.gob.es/sitios/igae/es/ES/rcf/Documents/Circular1_2018LFE%20vs%20LLLPACAP.pdf

(959) Informe JCCA número 18/2005, de 29 de junio, sobre validez de certificaciones expedidas mediante medios electrónicos para acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

(960) Véanse el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas y el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda.

A la vista de estas premisas, la pregunta que surge es la siguiente:

¿Podrá contar el órgano de contratación con la asistencia de la mesa de contratación para comprobar los extremos a los que se refiere el documento europeo único de contratación, o ésta habrá inexorablemente acabado su actuación con la formulación de la propuesta de adjudicación?

La cuestión es aún más profunda porque, como ya se ha analizado en esta obra, el artículo 140.4 de la LCSP ha introducido como novedad que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, es decir, a tenor del artículo 36 de la LCSP, hasta la formalización o, en el caso de los contratos basados en un acuerdo marco, de los contratos específicos derivados de un sistema dinámico de adquisición o de los contratos menores hasta la adjudicación de los mismos.

Frente a los que apuestan por una interpretación restrictiva en base al artículo 150.2 de la LCSP en base a la cual el Legislador deja claro que, una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, corresponde a los servicios correspondientes realizar dichas funciones de comprobación, a juicio de los autores de esta obra, resulta posible que el órgano de contratación pueda contar con la asistencia de la mesa de contratación para una labor de selección tan delicada en base a los siguientes argumentos jurídicos:

– El artículo 22 del Real Decreto 817/2009, establece que es función de la mesa de contratación calificar las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores.

– El artículo 326.2.a) de la LCSP dispone que la mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá la función de calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación.

Por lo tanto, a juicio de los autores de esta obra, el órgano de contratación podrá contar con la asistencia técnica especializada de la mesa de contratación para proceder a comprobar los requisitos de capacidad y aptitud para contratar del licitador tanto en el momento previo a dictar el acuerdo de adjudicación como en el momento previo, en su caso, a la



formalización del contrato. Para dotar de la mayor seguridad a esta postura, se entiende conveniente que quedara reflejado dicho extremo en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas.

5. El artículo 150.3 de la LCSP reitera el contenido del artículo 151.3 del TRLCSP al disponer que el órgano de contratación adjudicará el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. En los procedimientos negociados, de diálogo competitivo y de asociación para la innovación, la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato.

6. El artículo 151.1 de la LCSP, como hacía el artículo 151.4 párrafo primero del TRLCSP, establece que la resolución de adjudicación deberá ser motivada y se notificará a los candidatos y licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante, ya no con carácter simultáneo como se hacía en el mencionado precepto del TRLCSP, en el plazo de 15 días. Se trata de una segunda motivación a efectuar en la fase externa del contrato, después de la que es necesario realizar en el expediente de contratación en relación de los criterios de adjudicación, de modo que el órgano de contratación, cuando dicta el correspondiente acuerdo de adjudicación (961), pueda demostrar que dichos criterios han permitido modular justificadamente la puntuación que se concede a cada licitador o candidato.

El artículo 151.2 de la LCSP prevé que, sin perjuicio del deber de comunicación a los candidatos o licitadores que establece el artículo 155.1 de la LCSP (962), la notificación y la publicidad del acuerdo de adjudicación deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación (963). En relación a dicho aspecto, es preciso matizar las siguientes situaciones:

– No será preciso realizar un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente, y de una extensión de suficiente amplitud que permita a los candidatos y licitadores conocer los motivos de la misma de modo que puedan defender sus derechos e intereses. En este sentido, bastaría con

(961) Véase la STS de 7 de mayo de 1987 indica que *«La motivación es inexcusable... porque es, de una parte, la garantía de que la decisión no se toma arbitrariamente sino fundada y razonadamente; y de otra, el medio de que los demás interesados puedan combatir esa fundamentación cuando haya discurrido fuera de los márgenes legales y jurídicos»*.

(962) Véase la Resolución del TACRC número 62/2012, de 29 de febrero.

(963) De lo contrario se estaría privando al licitador notificado de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole por ello indefensión (Véase la Resolución del TACRC número 133/2013, de 21 de marzo, en la que declara improcedente la motivación del acuerdo de adjudicación en un contrato de suministro de lentes intraoculares con destino a centros dependientes del Servicio Murciano de Salud en el que solamente se señalaba, sin más, que el licitador no había obtenido la citada adjudicación por *«no alcanzar el mínimo técnico exigido»*).

que se recogieran en el texto íntegro del acuerdo, aunque de modo sucinto, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho siempre que fueran suficientes para alcanzar dicha finalidad de defensa (964).

– En el caso de que el acuerdo se refiriera a algún informe que no se incorporara o acompañara al mismo, se entiende que no existirá falta de motivación si consta unido en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo (965).

– La motivación no puede ser sustituida por la simple lectura o la entrega de un cuadro resumen con la valoración asignada, aunque se conceda a los asistentes la posibilidad de pedir explicaciones pues ello no subsana en modo alguno la ausencia de motivación de la notificación de adjudicación (966). Del mismo modo, no basta con reseñar la simple indicación de la puntuación obtenida por los licitadores (967).

– No se ha de incluir la puntuación que se haya asignado a los demás licitadores distintos del notificado y del adjudicatario (968).

En el acuerdo de adjudicación deberá figurar, en todo caso, la siguiente información:

– En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

– Con respecto a los licitadores excluidos, los motivos por los que no se haya admitido su oferta.

– En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

No obstante, cuando se haya utilizado para la clasificación de las ofertas o proposiciones determinados informes técnicos, si no se cita en la propia resolución de adjudicación ninguno expresamente en cuyo caso, como ya se ha señalado, bastará con que conste unido en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, no será necesario que en la notificación haya que hacer referencia al informe o informes requeridos o que tengan que adjuntarse obligatoriamente, sino

(964) Véase la Resolución del TACRC número 287/2011, de 23 de noviembre, en la que cita la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo (por todas STC 37/1982, de 16 junio, y SSTS de 9 junio 1986, 31 de octubre de 1995, 20 de enero 1998, 11 y 13 de febrero, 9 de marzo 1998, 25 de mayo 1998, 15 de junio de 1998, 19 de febrero 1999, 5 de mayo de 1999 y 13 enero 2000).

(965) Véase la Resolución del TACRC número 107/2012, de 11 de mayo, con cita de las SSTS de 16 de abril de 2001, de 7 de julio de 2003, de 21 de noviembre de 2005 y de 15 de enero de 2009.

(966) Véase la Resolución del TACRC número 166/2011, de 15 de junio.

(967) Véase la Resolución del TACRC número 44/2012, de 3 de febrero.

(968) Véase Resolución del TACRC número 287/2011, de 23 de noviembre.



que bastará con indicar las razones por las que se han adoptado los mismos (969).

Debe señalarse, además, que entre el acuerdo de adjudicación y el acto de notificación del mismo (970) existe una plena autonomía (971). El artículo 40.2 y 3 de la LPACAP trata sobre la eficacia del acto de notificación (972) de modo que, si contiene el texto íntegro del acto administrativo notificado aunque le falten otros extremos (por ejemplo, indicación de firmeza o no, o plazo para impugnar), producirá efecto y, por lo tanto, abrirá el plazo para recurrir desde el momento en el que el interesado realice actuaciones que supongan el «conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación» (bien por medio de la interposición de cualquier recurso que proceda, o bien mediante la realización de actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución), es decir, del resto de extremos del artículo 40.2 que no sea, como ya se ha analizado, el texto íntegro del acto notificado pues ya se ha señalado que éste siempre debe acompañar al acto de notificación. En el caso de que en la notificación no se acompañe el mencionado texto, o que el mismo no sea íntegro, o que no se incluyan en la misma

(969) Véanse las Resoluciones del TACRC números 32/2012, de 26 de enero, 175/2012, de 8 de agosto, y 163/2013, de 30 de abril.

(970) Véanse por todas las SSTs de 20 de junio de 2007 y de 6 de junio de 2013.

(971) Por todas, SSTs de 20 de Abril de 1992, de 7 de marzo y de 30 de abril de 1997, así como de 26 de junio de 1998 que dispone que «la notificación consiste en una comunicación formal del acto administrativo de que se trate, de la que se hace depender la eficacia de aquel, y constituye una garantía tanto para el administrado como para la propia Administración. Para aquel, en especial, porque le permite conocer exactamente el acto y le permite, en su caso, impugnarle. La notificación, no es, por tanto, un requisito de validez, pero sí de eficacia del acto y solo desde que ella se produce (dies a quo) comienza el cómputo de los plazos de los recursos procedentes. Como mecanismo de garantía está sometida a determinados requisitos formales, ... de modo que las notificaciones defectuosas no surten, en principio, efectos, salvo que se convalide, produciendo entonces los efectos pertinentes».

Un análisis minucioso del tratamiento de la notificación a lo largo del tiempo revelará (STs de 14 de noviembre de 1.988) que «si bien en un principio se tendía a destacar que la misma perseguía la simple puesta en conocimiento de los particulares del concreto contenido de un acto administrativo que afectaba a sus derechos, en un momento posterior se considera que era necesario dotar de objetividad a los elementos accesorios del acto notificado, llegando a atribuirse un valor formal a la exigencia de que en la notificación de un acto administrativo se hiciera constar; amén del contenido íntegro de éste, otros elementos que permiten avanzar en un concreto fin, cual es la exigencia de garantizar la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa del administrado. Quizás sea este último fin el que ha incidido en que en los modernos Ordenamientos Jurídicos y en la Jurisprudencia de los Tribunales se eleven los mecanismos y garantías con que las leyes rituarías rodean los actos de comunicación...».

(972) Por su parte, la STS de 28 de diciembre de 1996 señala que «todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación entre el órgano decisor y las partes contendientes (sean notificaciones, emplazamientos, requerimientos, etc.) no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad, se ha materializado aquella participación de conocimiento, o que, en la ficción jurídica, se ha producido, o no, la misma en determinadas circunstancias. La entrega de una copia o traslado, la firma del receptor, su identidad, o la publicación de unos Edictos, etc., no son más que signos materiales externos que, de alguna manera, revelan o presuponen una toma de conocimiento que, al ser consustancial al derecho de defensa, ha de verse rodeada de las máximas garantías. De ahí que, en los modernos ordenamientos..., tales exigencias se lleven hasta el límite de lo que la eficacia y los intereses de terceros permiten; y en la jurisprudencia de los Tribunales se extreme el formalismo de estos actos, en contra de las corrientes informalistas que dominan las nuevas concepciones del procedimiento».



los extremos preceptivos, a que se refiere el artículo 151.2 de la LCSP a los que ya se ha hecho referencia, ocasionaría la nulidad de la misma a tenor de lo previsto en el artículo 47.1.g) de la LPACAP sin posibilidad de subsanación a través de la vía del artículo 40.3, y, consecuencia de lo anterior, el no comienzo del cómputo del plazo de interposición del recurso administrativo que proceda interponer en cada caso (973).

Junto con el contenido que, en todo caso, debe acompañar al acuerdo de adjudicación, al que se acaba de hacer mención a propósito del artículo 151.2 de la LCSP, es preciso indicar que en el artículo 155 se introduce una importante novedad respecto a la información que deberán facilitar los órganos de contratación a los candidatos y licitadores en relación con la adjudicación del contrato. El citado deber de información podrá ejercerse de las siguientes maneras:

– De oficio por parte del órgano de contratación: A tal efecto, se informará a cada candidato y licitador, en el plazo más breve posible.

– A instancia de los candidatos y licitadores: Los órganos de contratación comunicarán, lo antes posible, y, en cualquier caso, en un plazo de 15 días naturales (974) a partir de la recepción de una solicitud por escrito de los siguientes extremos:

- A los candidatos descartados, de los motivos por los que se haya desestimado su candidatura.

- A los licitadores descartados, de los motivos por los que se haya desestimado su oferta, incluidos los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales (975).

- A todo licitador que haya presentado una oferta admisible, de las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco.

(973) Véase la Resolución del TACRC número 233/2011, de 5 de octubre.

(974) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.

(975) Artículo 126.5.a) y b) de la LCSP que prevé que, sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho de la Unión Europea, las prescripciones técnicas se podrán formular en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incluidas las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo, o haciendo referencia de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a evaluaciones técnicas europeas, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en defecto de todos los anteriores, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros; acompañando cada referencia de la mención *«o equivalente»*.



- A todo licitador que haya presentado una oferta admisible, del desarrollo de las negociaciones y del diálogo con los licitadores.

El artículo 155.3 de la LCSP finaliza señalando que los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación del contrato, cuando su divulgación pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada empresa, pública o privada, o perjudicar la competencia leal entre empresarios (976).

7. En la notificación se indicará el plazo en que debe procederse a la formalización del contrato conforme al artículo 153.3 de la LCSP.

Sin embargo, como ya se ha adelantado, no pueden pasarse por alto las novedades que se incorporan por los artículos 150 y 151 de la LCSP:

1. El párrafo último del artículo 150.1, que incorpora parcialmente la disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP sobre prácticas contrarias a la libre competencia, dispone que, si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos.

La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación.

2. El artículo 150.2 párrafo segundo de la LCSP establece que, de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento de acreditación de los requisitos que se hubieran reflejado en el documento europeo único de contratación en el plazo de 10 días hábiles, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de que pudiera declararse la prohibición para contratar a tenor de lo establecido en el artículo 71.2.a) de la LCSP.

En este supuesto, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

(976) Véase Resolución del TACRC número 316/2017, de 31 de marzo, que señala que en el trámite de acceso al expediente, el órgano de contratación tiene obligación de entregar copia de los documentos que solicite el interesado solo en la medida en que este justifique que es necesario son necesarios para la articulación de su defensa.



3. El artículo 150.4 de la LCSP establece que, si como consecuencia del contenido de la resolución de un recurso especial del artículo 44 de la LCSP fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de 10 días hábiles para que cumplimente los trámites que resulten oportunos.

4. En relación a lo ya señalado respecto a la información necesaria que permita a los licitadores excluidos interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, se adiciona, respecto de lo que se establecía en el artículo 151.4.c) del TRLCSP, los siguientes motivos:

– Si el órgano de contratación hubiera decidido establecer las prescripciones técnicas en base a términos de rendimiento (977) o de exigencias funcionales o en referencia al orden de prelación recogido en el artículo 126.5.b) de la LCSP (978):

- Los relativos a la decisión de no equivalencia.
- Los causantes de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales.
- Los relativos al desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.

– Los relativos, en su caso, al desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores.

5. El artículo 151.3 de la LCSP establece que la notificación del acuerdo de adjudicación se realizará por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta.

C. Ofertas anormalmente bajas

El artículo 149.1 de la LCSP realiza un simplísima definición al considerar que las ofertas anormalmente bajas serán aquellas que el órgano de contratación presume que resultan inviables.

(977) Artículo 126.5.a) de la LCSP, que incluye las características medioambientales, siempre que los parámetros sean lo suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y al órgano de contratación adjudicar el mismo.

(978) Artículo 126.5.b) de la LCSP que lo fija en: 1. Especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas; 2. Evaluaciones técnicas europeas; 3. Especificaciones técnicas comunes; 4. Normas internacionales; 5. Otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización; 6. Normas nacionales, documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de suministros, acompañando cada referencia de la mención «o equivalente».



Frente a dicha regulación, la LCSP, a pesar de seguir insistiendo en el artículo 149.5 que, al igual que se establecía en el artículo 152.3 párrafo tercero del TRLCSP, solo podrá excluirse una oferta por anormalmente baja cuando el licitador ha obtenido una ayuda de Estado no pueda acreditar que se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas, introduce las siguientes novedades:

1. Señala en el artículo 149.3 de la LCSP la misma idea base que se recogía en el artículo 152.3 del TRLCSP de que se ha da dar oportunidad al licitador para que explique por qué entiende que su oferta o proposición pudiera ser viable. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En este sentido, el artículo 149.4 de la LCSP dispone que, cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos. La petición de información, que deberá formularse con claridad de manera que el licitador o los licitadores estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta, podrá referirse, en particular, a los siguientes valores:

- Al ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción (979).
- A las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- A la innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- Al respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.

El citado artículo 201 de la LCSP se refiere a la ejecución de los contratos pero, en esta caso, el artículo 149.4 párrafo tercero letra *d)* se remite a él en sede de trámite previo a la adopción del acuerdo de adjudicación para señalar, entre otras cosas, que las ofertas o proposiciones han de

(979) El artículo 152.3 del TRLCSP se refería al «*procedimiento de ejecución del contrato*».



respetar lo previsto en los convenios colectivos. Este reenvío, a juicio de los autores de esta obra, es muy importante por los siguientes motivos:

– Porque se impide que los licitadores pueden presentar ofertas o proposiciones con costes por debajo de convenio colectivo (980), toda vez que el párrafo décimo del artículo 149.4 de la LCSP establece taxativamente que *«En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201»*.

– Porque la anterior afirmación se hace aún más evidente después del rechazo de las enmiendas que formuló el Senado durante la tramitación parlamentaria de la LCSP que abogaban por dejar una referencia abierta a los *«convenio colectivos aplicables»* (981) para tratar de hacer presente en la misma la reforma que se había producido en los artículos 83 y 84 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, respecto de los convenios colectivos y de las reglas aplicables en relación a la concurrencia de varios que tuvieran un ámbito de aplicación distinto.

– Porque, como ya se ha señalado en esta obra, el artículo 122.2 de la LCSP ha introducido como novedad en relación a los citados artículos 149.4 y 201, que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluirá, entre otros extremos, la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.

En cualquier caso, aparte de este supuesto, los órganos de contratación también rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cum-

(980) Frente a esta postura, se señalaba que el órgano de contratación habría de permanecer por completo ajeno a la manera que ha sido utilizada por el licitador para elaborar su proposición: Véanse Informes JCCA números 34/1999 de 12 de noviembre y 34/2001 de 13 de noviembre, citados en las Resoluciones del TACRC números 298/2011, de 7 de diciembre, 21/2012, de 18 de enero, y 116/2012, de 16 de mayo.

(981) En el BOCG número 2-7, Serie A, de 5 de octubre de 2017, se publicaron las enmiendas formuladas por el Senado en las que se proponían los siguientes redacciones:

– Artículo 122, apartado 2: Se sustituye la referencia a *«... Convenio Colectivo sectorial de aplicación»* por la de *«...convenio colectivo que sea de aplicación...»*.

– Artículo 149, apartado 4, penúltimo párrafo: Se sustituye la referencia a *«...convenios colectivos sectoriales vigentes,...»* por la de *«...convenios colectivos aplicables vigentes,...»*.

– Artículo 202, apartado 2, tercer párrafo: Por las mismas razones que en las enmiendas anteriores, se sustituye la referencia a *«...convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables...»* por la de *«...convenios colectivos aplicables...»*.

plen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional.

– A la posible obtención de una ayuda de Estado.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando ésta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

2. Aunque insiste en la necesidad de que se deje al licitador la oportunidad de acreditar que puede ejecutar el objeto contractual, sin embargo, a diferencia del artículo 152.3 párrafo primero del TRLCSP en el que se señalaba que era preciso dar audiencia al licitador incurso en proposición desproporcionada o anormal, el artículo 149.1 de la LCSP establece que, en todo caso, ha de tramitarse el siguiente procedimiento:

– Cuando se utilice el sistema de coste-eficacia y el único criterio de adjudicación sea el del precio, los parámetros objetivos para identificar los casos en que una oferta se considere anormal se fijarán en los pliegos y, en su defecto, se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

En este sentido, como ya se ha señalado en esta obra, a la hora de fijar los criterios de adjudicación por cualquiera de los dos sistemas, sin fases o con fases, que se ha convenido en denominar «*habitual*» de ponderación de los criterios de adjudicación (982), conviene tener presente que, a juicio de los autores de esta obra, continúan vigentes, cuando se utilice como único criterio el precio y en cuanto no se oponen al contenido de la LCSP, los artículos 67.2.k) y 85 del RGTRLCAP (983).

– Cuando se utilice el sistema de coste-eficacia sobre la rentabilidad de las ofertas o el sistema de calidad-precio, se estará a lo establecido en

(982) Cuarta Parte: Normas aplicables a la contratación de una Administración Pública-Poder Adjudicador, 5. Fase Interna: Preparación de los contratos administrativos, f. Expediente de contratación, h. Criterios de adjudicación, 3. Condiciones.

(983) Los pliegos deberán contener, con carácter general para todos los contratos cuando se adjudiquen mediante la aplicación de varios criterios objetivos, la valoración para determinar que una proposición no puede ser cumplida por ser considerada anormalmente baja. Se considerarán así las que se separen de los siguientes valores:

– Concurrencia de 1 solo licitador: Su oferta sea inferior al valor estimado del contrato en más de un 25 por ciento.

– Concurrencia de 2 licitadores: Su oferta sea inferior en más de 20 por ciento a la otra oferta.

– Concurrencia de 3 licitadores: Las ofertas que sean inferiores en más del 10 por ciento a la media aritmética de las ofertas presentadas. Se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 por ciento a dicha media.

– Concurrencia de 4 o más licitadores: Se calculará igual que el caso anterior pero se tendrá en cuenta que, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a la media aritmética de las ofertas presentadas en más del 10 por ciento, se procederá al cálculo de una nueva media solo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a 3, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se habrán de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.

3. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo empresarial, lo que el artículo 145.4 último párrafo denominaba empresas vinculadas en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio (984), se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurran en UTE (985).

4. El artículo 149.6 de la LCSP dispone que la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 148. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.

5. Cuando una empresa que hubiese estado incursa en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.

(984) Véase Resolución del TACRC número 541/2016, de 8 de julio, sobre sociedades vinculadas a efectos de la contratación pública.

(985) Véase Resolución del TACRC número 544/2017, de 16 de junio, sobre el carácter excepcional de la aplicación de la doctrina de levantamiento del velo en el caso de ofertas presentadas por empresas del mismo grupo.



En cuanto a los plazos para efectuar la clasificación de las ofertas o proposiciones, en la LCSP se establecen los siguientes supuestos:

1. Cuando se utilice el sistema de coste-eficacia y el único criterio de adjudicación sea el del precio, el artículo 158.1 de la LCSP, al igual que hacía el artículo 161.1 del TRLCSP, dispone que la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de 15 días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.

2. Cuando se utilice el sistema de coste-eficacia sobre la rentabilidad de las ofertas (menor coste del ciclo de vida) o el sistema de calidad-precio, el artículo 158.2 párrafo primero de la LCSP dispone, como señalaba el artículo 161.2 del TRLCSP, que el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de 2 meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En ambos casos, el artículo 158.3 de la LCSP como hacía el artículo 161.3 del TRLCSP, los señalados plazos se ampliarán en 15 días hábiles más cuando fuera necesario seguir los trámites previstos en caso de ofertas con valores anormalmente bajas.

Los plazos a los que acaba de hacerse referencia resultan, a juicio de los autores de esta obra, muy reducidos al no haberse ampliado dichos plazos a propósito de la reforma operada en el artículo 140 de la LCSP, que difiere el momento de aportación de los requisitos de capacidad y aptitud para contratar al momento inmediatamente posterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, en relación al artículo 150.2 de la misma Ley que confiere un plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que el licitador hubiera recibido el requerimiento. Desde luego, no va a resultar fácil y mucho menos si el licitador que hubiera presentado la mejor oferta no aportara dicha documentación y hubiera que requerir al siguiente.

El artículo 158.4 de la LCSP dispone que de no producirse la adjudicación dentro de los plazos anteriormente indicados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición y, en su caso, a la devolución de la garantía provisional que se hubiese exigido. En este caso, se considera que se trata de una retirada justificada de la oferta o proposición antes de que haya producido la adjudicación.

Por último, como ya se ha señalado en esta obra a propósito de los criterios de adjudicación, el artículo 150.3 párrafo segundo de la LCSP establece, al igual que hacía el artículo 151.3 párrafo segundo del TRLCSP, que no podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.



9. FORMALIZACIÓN CONTRACTUAL

A. Introducción

Como ya se ha analizado en esta obra, la LCSP fractura el momento de perfección de los contratos públicos señalando en el artículo 36.1 y 3, a diferencia de lo que se establecía en el artículo 27.1 del TRLCSP, que los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización, a excepción de los contratos menores (986) y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición que se perfeccionan con su adjudicación.

Ello supone que, en general, los contratos públicos existirán desde que queden formalizados en tanto que los contratos que marcan la excepción lo harán a partir de que se dicte el acuerdo de adjudicación. Lo señalado pone de manifiesto la diferente naturaleza de las pretensiones, precontractual (recurso especial en materia de contratación) y contractual (cuestión de nulidad), que actualmente se encuentran unificadas dentro de la regulación que la LCSP realiza en relación al recurso especial en materia de contratación. Por dicho motivo, el artículo 53 de la LCSP dispone que, una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3.

La remisión al artículo 56.3 de la LCSP que se ocupa de la tramitación del recurso especial (traslado para alegaciones a los restantes interesados, y decisión sobre, en su caso, las medidas cautelares solicitadas con y sobre si se procede o no al mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53), no parece, a juicio de los autores de esta obra, que tenga mucho sentido respecto de los contratos que se perfeccionan con la adjudicación. Lo normal será que el recurrente solicite la suspensión de la ejecución del contrato, a tenor del artículo 117.2 de la LPACAP, en base a la nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato, de

(986) Por ejemplo, a tenor del artículo 310.3 de la LCSP, en el caso de la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, la existencia de los contratos se acreditará mediante la designación o nombramiento por autoridad competente.



acuerdo con el artículo 47.1 al que se remite también la LCSP en su artículo 39.1.

Efectuada la puntualización anterior, se estima oportuno efectuar las siguientes consideraciones:

1. A tenor del artículo 153.1 párrafo primero de la LCSP, igual que se hacía en el artículo 156.1 del TRLCSP, los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

2. Se mantiene en el artículo 37.1 de la LCSP, al igual que se hacía en el artículo 28 del TRLCSP, la prohibición de que las entidades del sector público puedan contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 120.1, carácter de emergencia en cuyo caso, lógicamente, las actuaciones no pueden verse demoradas por la formalización del contrato.

3. Además, a tenor de lo previsto en el artículo 36.4 de la LCSP igual que se hacía en el artículo 27.2 del TRLCSP, salvo que se indique otra cosa en el clausulado, los contratos se entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación (987).

B. Informes previos

Para finalizar, conviene recordar dos cuestiones que, en algunas ocasiones, se pasan por alto por parte del órgano de contratación a la hora de formalizar el contrato:

1. Que en el documento de formalización del contrato ha de expresarse el precio cierto que ha de abonar la Administración cuando resulte obligada a ello, con expresión del régimen de pagos previsto (988), así

(987) Artículo 36.4 de la LCSP igual que se hacía en el artículo 27.2 del TRLCSP.

(988) Artículo 71.3.c) del RGTRLCAP establece que *«El documento de formalización contendrá, con carácter general para todos los contratos, las siguientes menciones: c) Precio cierto que ha de abonar la Administración cuando resulte obligada a ello, con expresión del régimen de pagos previsto»*. Véanse las Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que establece que *«La TGSS frecuentemente ha omitido en los documentos de formalización de los contratos la consignación de los precios unitarios ofertados por el adjudicatario, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 71.3.c) del RGTRLCAP»* y que *«Los documentos de formalización de los*

como el resto de extremos a los que se refiere la normativa aplicable (989).

2. Que el órgano de contratación deberá someter el documento de formalización del contrato a informe previo del servicio jurídico (990) siempre que el mismo no se corresponda con el de un modelo previamente informado por el mismo (991). Sobre este extremo parecería completamente fuera de lugar tener que recordar que el citado informe no debe ser sustituido por una diligencia en la que se haga constar que los expedientes han sido informados, pero los hechos indican que en un buen número de contratos se sigue esta viciada práctica (992).

C. Dinámica

El artículo 153.3, 5 y 6 de la LCSP reitera, en cuanto a plazos para formalizar, lo que se disponía en el artículo 156.3, 4 párrafo segundo y 5 del TRLCSP en el siguiente sentido:

contratos de cada uno de los lotes en que se dividió el expediente únicamente reflejaron el importe máximo de los suministros, pero no los precios unitarios, remitiéndose para su determinación a las ofertas de los adjudicatarios, incumpliendo así lo dispuesto en el artículo 71.3.c) del RGTRLCAP». Por ello, no resulta adecuado olvidar este extremo o referirlo a la oferta presentada por los adjudicatarios.

(989) Artículo 71 del RGTRLCAP. En este sentido, el Tribunal de Cuentas en su Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ponía de manifiesto que en los documentos de formalización de algunos contratos no recogían todas las menciones establecidas legalmente. Incluso llega a señalar que en un contrato se estipulaba que «*el plazo de ejecución de las obras no variará respecto al originariamente previsto en el concurso contado a partir de la formalización del contrato*», lo que contravenía al artículo 71.3.d del RGTRLCAP, que establece que el contrato deberá mencionar los plazos totales o parciales de ejecución.

(990) En la Resolución de 29 de septiembre de 2009, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se señala que no resulta correcto que los informes de la asesoría jurídica se sustituyen por una diligencia en la que se hace constar que los expedientes han sido informados favorablemente.

(991) Artículo 71.2 RGTRLCAP establece que «*En la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, se requerirá el informe previo del Servicio Jurídico respectivo, salvo cuando se ajuste a un modelo tipo informado favorablemente por aquél, para ser aplicado con carácter general*». Este asunto fue puesto de manifiesto por las Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al señalar que «*El INSS no ha acreditado el cumplimiento del trámite del informe de la Asesoría Jurídica respecto del documento de formalización del contrato, tal y como exige el artículo 71 del RGTRLCAP*».

(992) Véase sobre este particular la Resolución de 28 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2009 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas.



1. Si el contrato se encuentra sujeto al recurso especial en materia de contratación del artículo 44.1 de la LCSP (Administración Pública-Poder Adjudicador y No Administración Pública-Poder Adjudicador en contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a 3.000.000 de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a 100.000 euros, acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los citados contratos, concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los 3.000.000 de euros, contratos administrativos especiales cuando no sea posible fijar su precio de licitación o cuando su valor estimado sea superior a 100.000 euros, y los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la LCSP), la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran 15 días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Las Comunidades Autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes.

El artículo 153.3 párrafo segundo de la LCSP, después de confiar la citación para formalizar a los servicios dependientes del órgano de contratación en vez de directamente al órgano de contratación, dispone que se efectuará en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo de 15 días hábiles previsto sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.

En relación al plazo de cadencia para efectuar la citación para formalizar al adjudicatario, nótese que, a diferencia de los contratos no sujetos a recurso especial, el plazo se cuenta desde la remisión de la notificación del acuerdo de adjudicación aunque los servicios dependientes del órgano de contratación requerirán al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento. Lo anterior, arroja una idea confusa porque no queda claro el *dies a quo* a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo de cinco días para que los servicios dependientes del órgano de contratación citen al adjudicatario para formalizar el contrato:

– Ya que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato, a tenor de lo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP, comenzará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado la misma a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta.

– Porque, a tenor del apartado 1 de la mencionada disposición adicional, las notificaciones se podrán realizarse por alguno de estos sistemas:



- Mediante dirección electrónica habilitada [arts. 140.1.a)1.º y 151.3 de la LCSP]: En este caso, el cómputo se realizará desde la fecha de envío de la misma.
- Mediante comparecencia electrónica: En este supuesto, el plazo de contará desde la fecha del aviso de notificación siempre que la adjudicación se haya publicado, a tenor del artículo 63.3.c) de la LCSP, el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario, los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

Por lo tanto, el artículo 153.3 de la LCSP no debería referirse linealmente a que la formalización no podrá efectuarse hasta que transcurran 15 días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación y a que la citación se efectuará en un plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento. En su lugar, a juicio de los autores de esta obra, debería remitirse a que no se podría formalizar el contrato hasta que transcurrieran 15 días hábiles, en el caso de que la notificación de la adjudicación se hubiera efectuado a una dirección electrónica habilitada, desde la fecha de envío de la misma, y, en el supuesto de que la notificación se hubiera practicado mediante comparecencia electrónica, a partir de la fecha del aviso de notificación siempre que la adjudicación se hubiera publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación, y, en caso contrario, desde el día de la recepción de la notificación por el interesado.

En relación a la naturaleza de los mencionados plazos, debe señalarse que no resultará posible que la Administración Pública-Poder Adjudicador y el adjudicatario acuerden demorar la formalización del contrato para un momento posterior, a tenor de lo ya analizado en el artículo 153.3 de la LCSP en relación con lo previsto en el artículo 29 de la LPACAP que dispone que los términos y plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos.

Por lo tanto, la posible vulneración de los plazos de formalización del artículo 153.3 de la LCSP, tendría como consecuencia la invalidez del propio contrato por nulidad de pleno derecho, excepto cuando, en el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 32.1 y 3 de la LPACAP, la Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y siempre que con ello no se perjudican derechos de terceros, con la limitación de que no puede ser objeto de ampliación un plazo ya vencido (993).

(993) Véase Informe JCCA número 51/2011, de 1 de marzo de 2012.

2. Si el contrato no se encontrara sujeto a recurso especial en materia de contratación, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los 15 días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el artículo 151.3 de la LCSP que, asimismo, se refiere a lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la citada Ley. Por este motivo, lo señalado a propósito del apartado anterior, respecto a los contratos sujetos a recurso especial en materia de contratación, resulta predecible de este supuesto.

3. El artículo 153.5 de la LCSP dispone que, si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar. Ante el silencio que guarda la LCSP y el carácter supletorio que tiene la LPACAP, a tenor de lo previsto en la disposición final cuarta.1, resultaría aplicable lo previsto en el artículo 67 en relación con los criterios de valoración recogidos en el artículo 34,2,3 y 4 de la LRJSP para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración (994).

4. El artículo 153.6 de la LCSP reproduce lo que se señalaba en el artículo 156.5 del TRLCSP en el sentido de que no podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto si la tramitación del expediente de contratación se efectúa por el procedimiento de emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120 de la LCSP, pero introduce la salvedad de los contratos menores (995) y de los contratos basados en un acuerdo marco y de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición que, a tenor de los artículos 36.1 y 3 y 131.3, se perfeccionan con la adjudicación.

Por su parte, en el artículo 153.4 de la LCSP introduce que, a diferencia de lo que se establecía en el artículo 156.4 párrafo primero del TRLCSP que señalaba que cuando por causas imputables al adjudicatario no se

(994) En este sentido al artículo 34, 2,3 y 4 de la LRJSP establece lo siguiente:

- La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

- La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la LGP, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

- La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

(995) Por ejemplo, a tenor del artículo 310.3 de la LCSP, en el caso de la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, la existencia de los contratos se acreditará mediante la designación o nombramiento por autoridad competente.



hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración Pública-Poder Adjudicador podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido, se le exigirá el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía definitiva, si se hubiera constituido, sin perjuicio de que pudiera declararse la prohibición para contratar prevista en el artículo 71.b) 2 de la LCSP.

Respecto a la incautación a la que acaba de hacerse referencia, se plantea la cuestión de si dicha facultad tiene una naturaleza potestativa u obligatoria. En relación a dicho asunto, dado el tenor literal del artículo 153.4 de la LCSP que se expresa en términos de «*podrá acordar*», queda claro, a juicio de los autores de esta obra, que se trata de una potestad discrecional. En este sentido las potestades discrecionales se caracterizan porque la norma que las configura remite parcialmente, para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio, a una estimación administrativa, no realizada por vía normativa general sino analíticamente, lo que exigirá que se realice un análisis caso a caso mediante la apreciación de las circunstancias concurrentes. Por lo tanto, el órgano de contratación deberá analizar y motivar en cada caso dicha facultad discrecional que se le reconoce en el artículo citado (996).

En este caso, el contrato se adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas, previa presentación de la documentación establecida en el artículo 150.2 de la LCSP, resultando de aplicación los plazos a que se refiere al artículo 153.3 y que ya han sido analizados anteriormente.

D. Publicidad

La LCSP en su artículo 154 regula, de modo totalmente novedoso respecto al artículo 154 del TRLCSP, lo relativo al anuncio de la formalización de los contratos, señalando lo siguiente:

1. Cuando el contrato estuviera sujeto a regulación armonizada (997), el anuncio de formalización deberá publicarse, además, en el DOUE a más tardar 10 días naturales (998) después de la misma.

(996) Véase Informe JCCA número 51/2011, de 1 de marzo de 2012.

(997) Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018.

(998) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «*Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que*



2. Establece la obligación de publicar la formalización, junto con el correspondiente contrato, en el plazo no superior a 15 días naturales (999) tras el perfeccionamiento del contrato en el perfil de contratante del órgano de contratación.

En el caso de la Administración General del Estado, o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administración Pública-Poder Adjudicador, el anuncio de formalización se publicará además, en el plazo señalado, en el BOE.

Los anuncios de formalización, a que se refieren los dos párrafos precedentes, no se publicarán antes de su publicación, cuando proceda, en el DOUE, debiendo indicar la fecha de su envío a éste, dejando constancia del mismo por parte de los servicios dependientes del órgano de contratación en el expediente de contratación, y no pudiendo contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio. No obstante, podrán publicarse antes de su publicación en el DOUE si el órgano de contratación no ha recibido notificación de su publicación a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio enviado.

3. Frente a la redacción que se hacía en el artículo 154.4 del TRLCSP, que se limitaba a indicar que el órgano de contratación podrá no publicar determinada información relativa a la adjudicación y formalización del contrato, justificándolo debidamente en el expediente, el apartado 7 del artículo 154 de la LCSP establece que podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente y solicitando previamente informe al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (1000) que será evacuado en un plazo máximo de 10 días naturales (1001), salvo que ya se haya solicitado dicho informe con anterioridad sobre una materia idéntica o análoga, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

– Que la divulgación de esa información pueda obstaculizar la aplicación de una norma.

en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».

(999) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».

(1000) Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

(1001) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».



– Que pueda resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas.

– Que se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente.

– Que lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 19.2.c) de la LCSP.

4. Los anuncios de formalización de contratos contendrán la información recogida en el Anexo III de la LCSP.

5. En el caso de los contratos que se perfeccionan con la adjudicación, ésta deberá publicarse de la siguiente manera:

– Los contratos basados en un acuerdo marco o de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, se publicarán trimestralmente por el órgano de contratación dentro de los 30 días naturales siguientes al fin de cada trimestre, en la forma prevista en el artículo 154.1,2 y 3 de la LCSP.

– Los contratos menores, salvo aquellos que tuvieran un cuyo valor estimado inferior a 5.000 euros y se hubieran pagado por el sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar, serán objeto de publicación, al menos trimestral, a tenor de lo previsto en el artículo 63.4 de la LCSP. La información a publicar para este tipo de contratos será, al menos, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el IVA, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

10. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A. Premisas

Cuando se aborda la ejecución de los contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador a los efectos de la LCSP, se está haciendo referencia a los efectos, cumplimiento y extinción de los mismos. En relación a tal asunto, aunque muchas veces se pasa por alto, es preciso poner especial énfasis en que es fundamental, por un lado, que el contrato exista, es decir, que realmente se haya llegado a formalizar o que, en el caso de los contratos basados en un acuerdo marco, de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, o de los contratos menores, se hayan llegado a adjudicar, y por otro, que las



obligaciones que recíprocamente hayan asumido las partes hayan de ser fiel reflejo de lo expresamente establecido en los pliegos y en el contrato, ya que constituyen la «*auténtica Ley del contrato*».

En relación a esta última expresión (1002), no puede entenderse sino en el sentido de que su poder regulador de la relación contractual está en todo momento supeditado al respeto de las reglas emanadas de las normas de rango superior, en las que ocupan la primacía las establecidas con rango de Ley. Esta subordinación de los pliegos al ordenamiento jurídico determina, por un lado, la imposibilidad de establecer en ellos limitaciones o restricciones en materia de contratación que no tengan suficiente base normativa (1003), y, por otro, que si los mismos no contemplan alguna de las prescripciones previstas en la LCSP éstas dejen de aplicarse (1004). Prueba de ello es que el artículo 34 de la LCSP señala que en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios, entre otras causas, al ordenamiento jurídico (1005).

Asimismo, como se encarga de recordar el artículo 189 de la LCSP, como también hacía el artículo 209 del TRLCSP, los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas, lo que en esta obra se ha dado en denominar una Administración Pública-Poder adjudicador.

B. Principio de riesgo y ventura

El artículo 197 de la LCSP reproduce lo señalado en el artículo 225 del TRLCSP salvo, lógicamente, la referencia a que en el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que queda derogado con su entrada en vigor. Dispone que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista (1006), sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239 de la LCSP al que se va a hacer referencia seguidamente.

Dicha expresión ofrece, en el lenguaje jurídico y gramatical, la configuración de los términos «*riesgo*», como «*contingencia o proximidad de un daño*», y «*ventura*», que expresa que una cosa se expone a la «*con-*

(1002) SSTS de 21 de diciembre de 1988, de 25 de julio de 1989, de 26 de septiembre de 1989, 20 de diciembre de 1995, de 9 de marzo de 1999, y de 20 de abril de 1999.

(1003) Véase STS de 25 de noviembre de 2003.

(1004) Véase la Resolución del TACRC número 4/2011, de 19 de enero.

(1005) En este sentido, véanse la «*Guía sobre Contratación Pública y Competencia*» <http://contratodeobras.com/images/Guia-sobre-contratacion-publica-y-competencia.pdf>, y la Resolución del TACRC número 4/2011, de 19 de enero.

(1006) Véase la STJ de Madrid de 28 marzo de 2011.



tingencia de que suceda un mal o un bien», de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa que el contratista, al contratar con una Administración Pública-Poder Adjudicador, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la LCSP y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial (1007).

Ahora bien, formulado este principio general en los términos señalados, es preciso recordar que el mismo no resulta plenamente aplicable en los siguientes supuestos:

1. Cuando, a tenor del artículo 239 de la LCSP, en la ejecución de un contrato de obras se produzca un supuesto de fuerza mayor (incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos (maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes), destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público), siempre que no haya existido actuación imprudente por parte del contratista.

En este supuesto el contratista tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le hubieren producido (1008).

No obstante lo señalado con anterioridad, el artículo 254 de la LCSP dispone lo siguiente para el contrato de concesión de obras:

- Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario que, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 197 y 239, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el artículo 252.2, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras.

- Si concurriera fuerza mayor habrá que distinguir:

- Si implicara mayores costes para el concesionario, se procederá a ajustar el plan económico-financiero.

- Si impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros.

(1007) Véase STS de 9 de Marzo de 2005, reproduciendo sus Sentencias de 14 de Mayo y de 22 de Noviembre de 2001.

(1008) Véanse Informes JCCA números 56/2008, de 31 de marzo de 2009 (no aplicable a un contrato de servicios), y 60/2008, de 31 de marzo de 2009 (no aplicable al caso de huelga).

2. En relación a los contratos de concesión de obras y de servicios, como ya se ha señalado en esta obra, es característica propia de ambos que necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14.4 en relación con el artículo 15.3 de la LCSP, en línea con lo establecido en la Directiva 2014/23/UE de adjudicación de contratos de concesión, que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional (1009) cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

A tal efecto, para el contrato de concesión de obras se establece lo siguiente:

– Será obligación del concesionario explotar las obras asumiendo el riesgo operacional de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación [art. 258.b) de la LCSP].

– Con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión unas obras, deberá incluirse en el estudio de viabilidad el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento [art. 247.2.j) de la LCSP].

– En los pliegos de cláusulas deberá reflejarse la distribución de los riesgos relevantes en función de las características del contrato entre la Administración y el concesionario [art. 250.1.l) de la LCSP].

En el mismo sentido, referido al contrato de concesión de servicios, el artículo 285 de la LCSP dispone que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los PPTS regularán, entre otros extremos, la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

– En el caso de que la construcción de las obras se realizara con financiación parcial de la Administración, el sistema de ayudas públicas deberá respetar en todo caso la transferencia efectiva del riesgo operacional (art. 252.3 de la LCSP).

(1009) Preámbulo IV, párrafo sexto de la LCSP.

– En el supuesto de que, en el ejercicio de las funciones de uso y conservación de las obras, la Administración hubiera incluido en los pliegos mecanismos para medir la calidad del servicio, otorgando ventajas o imponiendo penalizaciones económicas, ello no podrá representar una limitación al riesgo operacional asumido por el concesionario (art. 259.5 de la LCSP).

– Cuando las obras sean financiadas, total o parcialmente, por el concesionario pero concurren razones de rentabilidad económica o social, o singulares exigencias derivadas del fin público o interés general, la Administración podrá aportar recursos públicos para su financiación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 252 de la LCSP y en los pliegos, con respeto en todo caso del principio de asunción del riesgo operacional por parte del concesionario (art. 265 de la LCSP).

En relación al mencionado principio de riesgo y ventura, conviene hacer un breve comentario respecto a la «*Teoría del riesgo razonablemente imprevisible*» o «*factum principis*» (1010). Este principio, de origen ju-

(1010) La jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo ha admitido la figura del «*factum principis*» como un supuesto de excepción a principio de riesgo y ventura en las concesiones (véanse las SSTs que se citan en la STSJ que a continuación se recoge y, por todas, las SSTs de 2 de diciembre de 1985 y de 12 de julio de 1995). La STSJ de Castilla y León de (Burgos), de 21 diciembre de 2007, realiza un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la llamada teoría del riesgo imprevisible, que por su interés doctrinal se reproduce: «*Para la solución del caso debe ser pauta a seguir la que marca la sentencia de 19-12-90 siguiendo la doctrina de la antigua Sala Tercera de este Tribunal de 16 de septiembre de 1988, cuyo Fundamento Tercero sienta la doctrina de que frente al principio general «pacta sunt servanda» llevado a sus últimos y exagerados términos –«summum jus summa injuria»–, en aras de una formalística «seguridad jurídica», se impone en el derecho administrativo el principio del «valor superior de la justicia» proclamado en el párrafo primero del artículo 1 de la Constitución Española de 1978, ya que no se debe desconocer que en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, aquella debe actuar en el campo estricto del derecho administrativo, más que en el de sus intereses patrimoniales, estando dichas relaciones jurídicas marcadamente influenciadas por los principios de «equidad» y «buena fe», los cuales exigen mitigar la excesiva y por tanto antijurídica onerosidad no necesaria en las prestaciones de los ciudadanos, cuando hechos o eventos transcendentales o inéditos concurren en sus situaciones jurídicas.*

Desde esas referencias de equidad (art. 3.2 C. C) y buena fe (artículo 1258 C. C), y desde el principio de equilibrio contractual o equivalencia de las prestaciones, como pauta interpretativa de todo contrato oneroso (art. 1289 C. C), parece lógico entender que la prestación contractual, aunque sea parcial, debe retribuirse con el precio pactado para las unidades contractuales realizadas, sin que sea admisible, por ser contrario a la veda del enriquecimiento injusto, que un contratante acceda a recibir la prestación parcial, pero que no la retribuya según lo pactado.

Efectivamente, en nuestro ordenamiento jurídico el contrato administrativo tiene un carácter ciertamente aleatorio, al indicar que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista. Sin embargo, la doctrina científica y jurisprudencial han venido atenuando la estricta aplicación de tal principio en base a la cláusula «rebus sic stantibus» o en la llamada teoría del riesgo imprevisible, adaptándose así el objeto del contrato, a las circunstancias sobrevenidas durante su ejecución por hechos que no pudieron preverse en el momento de la celebración o perfección del contrato ni en el de la fijación de sus plazos de ejecución, permitiéndose de este modo el restablecimiento del adecuado equilibrio conmutativo de las respectivas contraprestaciones. En definitiva, todo ello, no es sino la plasmación expresa del principio de buena fe en la ejecución de los contratos reconocido en el artículo 1258 del Código Civil. o la sentencia del Tribunal Supremo de 30 abril 2001, de la que fue Ponente Don Juan José González Rivas, en la que se precisa que: «... ya la doctrina de esta Sala contenida en la precedente sentencia de 12 de diciembre de 1979, legitimaba la revisión de precios no



risprudencial formulado en base a la doctrina del enriquecimiento injusto (1011), se aplicará, al margen de la relación contractual, cuando sobre el propio contrato incida alguna circunstancia sobrevenida, que no pudiera haber sido prevista ni con el empleo de una diligencia superior a la normal en este tipo de contrataciones (1012), y que rompa su equilibrio económico financiero (1013), de tal modo que resulte insuficiente para su reparación tanto la revisión de precios (1014) como la modificación contractual esta-

prevista en el contrato, en el caso de circunstancias extraordinarias sobrevenidas que escapasen a la capacidad de previsión del contratista, acudiendo para legitimar esa revisión de precios a la figura jurídico-doctrinal de la cláusula «rebus sic stantibus» o riesgo imprevisible, como ya había reconocido la precedente jurisprudencia de esta Sala, contenida en las sentencias de 29 de mayo, 5 de junio y 4 de julio de 1951, entre otras, tendentes a un restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurrían circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afectaban grandemente a éste, dentro de una previsión razonable. Estas circunstancias no concurren en la cuestión examinada, en donde se impone el respeto al principio general «pacta sunt servanda» que llevado a sus últimos términos y en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, en el campo estricto del Derecho Administrativo, está influido por los principios de equidad y buena fe, cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios o inéditos concurren en las situaciones jurídicas que no son de aplicación en la cuestión examinada».

(1011) Así, se ha admitido la doctrina del enriquecimiento injusto en el ámbito de los contratos de obras en los siguientes casos:

1. En modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la Administración afectada (SSTS de 20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998).

2. En modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto no contempladas en el mismo pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (SSTS de 12 de febrero de 1979, de 12 de marzo de 1991, y de 4 de marzo de 1997).

3. En obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (STS de 22 de noviembre de 2004).

4. Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque sí prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la Administración (STS de 13 de julio de 1984).

5. En el caso de exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que ésta hubiere cuestionado su importe (STS de 11 de julio de 2003).

(1012) Respecto a la aplicación de dicha teoría a un supuesto clásico, como es el aplicable a la subida del precio de los ligantes en las obras relativas al demanio viario, véanse las SSTS de 18 y 25 de abril y 3 de mayo de 2008 y 27 de octubre del 2009, por las que se han desestimado diversas reclamaciones sobre el abono de determinadas cantidades derivadas del incremento del precio de los productos derivados del petróleo con fundamento en que los precios del petróleo se liberalizaron tras la Orden Ministerial de Hacienda de 1 de octubre de 1986. En consecuencia, en la fecha de adjudicación del contrato, ya estaban liberalizados los precios constituyendo por ello un riesgo si incrementaban el precio o una ventura en el caso de que aquel disminuyese. Véase, por el contrario, el supuesto analizado en la STS de 16 de junio de 2009, en el que se trataba del extraordinario aumento del precio del acero, incremento que se cifró en el 41,80 por ciento del precio de adjudicación.

(1013) Véase la STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 marzo de 2011 que analizaba el caso de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos sólidos urbanos por un período de 15 años que, en un momento determinado próximo a su finalización, se vea afectado por una reforma normativa en materia de medio ambiente que ocasiona que deba obtenerse una autorización administrativa para seguir desarrollando la actividad de tratamiento de residuos sólidos urbanos. Dicha autorización exige la realización de obras de importe elevado con respecto del volumen económico total de la concesión, y, además, dado que el contrato está próximo a su finalización, no es factible la amortización de las obras a ejecutar.

(1014) Véase en este sentido la STS de 27 de octubre de 2009, en la que se señala que «Pero, también es cierto que, cuando dicha figura de la «revisión de precios» deviene ineficaz, por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, produciendo con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico



blecida en los pliegos, a tenor de lo previsto en los artículos 103 y siguientes y 203 y siguientes de la LCSP. Normalmente, se aplica en situaciones en las que se ha aprobado una medida administrativa, absolutamente ajena al ámbito de la relación contractual, de carácter obligatorio y general de la que se derive un perjuicio para el contratista (1015).

En el caso de las concesiones de obras y de servicios, en los artículos 270.4 y 290.6 se prevé, respectivamente, que el concesionario tendrá derecho a desistir del contrato cuando éste resulte extraordinariamente oneroso para él (1016).

C. Prerrogativas administrativas

a) INTRODUCCIÓN

Como ya se ha señalado en esta obra, a tenor del artículo 25 de la LCSP, solamente una Administración Pública-Poder Adjudicador podrá realizar contratos administrativos. En función de ello, solamente estas entidades podrán ejercitar las prerrogativas a las que a continuación se va a hacer referencia (1017).

de tal entidad y naturaleza que, el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para él mismo, el cual razonablemente no pudo precaver incluso empleando una diligencia fuera de lo normal en este tipo de contrataciones; entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de «riesgo razonablemente imprevisible» como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para establecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la «revisión de precios» es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes».

(1015) Véanse la STS de 10 de noviembre de 2009 e Informe JCCA número 60/2008, de 31 de marzo de 2009.

(1016) Cabe señalar que, en términos generales, ello significa la exigibilidad por el contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto porque éste atiende hechos, dimanantes de la Administración Pública-Poder Adjudicador, que hayan generado razonablemente en él la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con la misma (STS de 8 de abril de 2013, en la que se citan las SSTs de 20 de diciembre de 1983, de 2 de abril de 1986, de 25 de febrero de 1991, de 18 de julio de 2003, y de 27 de abril y 12 de mayo de 2008). En la STS de 23 de abril de 2012 se estudio la situación por la que se solicitaba una revisión de precios, a pesar de que la misma no se recogía en los pliegos, por haberse elevado extraordinariamente los precios de los productos ligantes asfálticos y de la energía.

(1017) En este sentido es ya clásica la doctrina del Consejo de Estado, por todos el Dictamen número 3.666/1996, de 13 de febrero de 1997, en la que se manifiesta que «*La naturaleza del contrato (...) no es irrelevante, dado el juego de prerrogativas que corresponde a la Administración en el supuesto de los contratos administrativos. Solo en éstos ostenta el órgano de contratación la prerrogativa de interpretarlos y de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, pudiendo igualmente modificarlos, por razón de interés público, acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos que para dicho efecto establece la legislación sobre contratos administrativos. Por el contrario, si se tratara de un contrato civil, no podría ejercer la Administración tales prerrogativas*».



Ello quiere decir que una Administración Pública-Poder Adjudicador no necesitará acudir a la jurisdicción para dictar los actos administrativos que permitan ejecutar adecuadamente el contrato administrativo por parte del órgano de contratación. En este sentido, los mencionados acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán o no fin a la vía administrativa, según los casos, pero serán inmediatamente ejecutivos, a tenor de lo previsto en el artículo 191.4 de la LCSP, una vez que se dicten válidamente y se les dote de eficacia, por lo que se aplicará a dichos actos la teoría general recogida en la LPACAP. La disposición final cuarta.2 de la LCSP dispone que, en todo caso, en los procedimientos que tengan por objeto o se refieran al ejercicio de prerrogativas administrativas, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.

Las mencionadas prerrogativas, que van a ser objeto de análisis a continuación, se refieren a la interpretación de los contratos administrativos (1018), a la resolución de las dudas que ofrezca su cumplimiento (1019), a la facultad de modificación del contrato por razones de interés público, y a la posibilidad de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta, pero también durante la ejecución del contrato, como se tendrá ocasión de analizar a continuación por expresa novedad introducida en el artículo 190, la de declarar la responsabilidad imputable al contratista, la de acordar su suspensión y la de inspeccionar las actividades desarrolladas por el contratista durante la ejecución del contrato, siempre dentro de los términos y con los límites establecidos en la LCSP para cada tipo de contrato.

El artículo 332.6.c) de la LCSP confía a la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación la función de velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación.

(1018) Normalmente, por medio de la figura del director facultativo o del responsable del contrato en el ejercicio de sus competencias.

(1019) Una de las cuestiones más sorprendentes, porque nunca se suele hacer mención a ella, es la relativa a la conveniencia de conservar el «*Libro de Órdenes*» en los contratos de obras ya que rara vez la obra se ejecuta en los mismos términos en los que se redactó el proyecto. Normalmente, a lo largo de la ejecución, el contratista recibe órdenes del director facultativo de la Administración con el fin de solventar los problemas que se generan durante la ejecución del contrato. Cuando al cabo de unos años se decide ejecutar otra obra es frecuente que, al desconocer el detalle de la ejecución del primer contrato, se redacte un proyecto que parte de una realidad incierta ya que utiliza como referente el del proyecto anterior cuando éste ha podido sufrir alguna modificación durante su ejecución.



b) RÉGIMEN JURÍDICO

1. *General*

Como ya se ha señalado, el artículo 190 de la LCSP, después de referirse a las prerrogativas que ya se recogían en el artículo 210 del TRLCSP (interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta), introduce en sede de ejecución contractual las siguientes facultades, en los términos y con los límites establecidos en la LCSP para cada tipo de contrato:

- La de declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato.
- La de suspender la ejecución del contrato.
- La de acordar la resolución del contrato y la de determinar sus efectos.
- La de inspeccionar las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, sin que pueda implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato. En tal caso, el órgano de contratación deberá justificarlo de forma expresa y detallada en el expediente administrativo.

2. *Contrato de concesión de obras*

La LCSP sigue, básicamente, la misma regulación que efectuaba el TRLCSP en relación a las prerrogativas de que dispone una Administración Pública-Poder Adjudicador en un contrato de concesión de obras, pero introduce algunas novedades:

El artículo 261 de la LCSP, como el 249 del TRLCSP, establece que, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en la LCSP y en la legislación específica que resulte de aplicación (art. 261.2), el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica (1020), ostentará las siguientes prerrogativas y derechos:

(1020) El artículo 319.2 párrafo segundo de la LCSP establece que, en los contratos de concesión de obras y de servicios celebrados por una No Administración Pública-Poder Adjudicador, el acuerdo de rescate de la obra o el servicio, la supresión de su explotación así como el secuestro



– Las generales ya señaladas en el artículo 190 de la LCSP en cuanto a interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento [letra *a*) del art. 261.1], modificarlos unilateralmente (1021) por razones de interés público [letra *b*) del art. 261.1], acordar su resolución en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 279 y 280 y determinar sus efectos [letra *d*) del art. 261.1].

– Las específicas propias de este tipo de contrato:

- La de decidir el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión a favor del interés público, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 270 de la LCSP [letra *c*) del art. 261.1].

- La de establecer, en su caso, las tarifas máximas por la utilización de las obras [letra *e*) del art. 261.1].

- La de vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación, relacionados con el objeto de la concesión [letra *f*) del art. 261.1].

- La de asumir la explotación de las obras en los supuestos en que se produzca el secuestro o intervención de la concesión [letra *g*) del art. 261.1].

- La de imponer al concesionario las penalidades pertinentes por razón de los incumplimientos en que incurra [letra *h*) del art. 261.1].

- La de ejercer las funciones de policía en el uso y explotación de las obras en los términos que se establezcan en la legislación sectorial específica [letra *i*) del art. 261.1].

- La de imponer con carácter temporal las condiciones de utilización de las obras que sean necesarias para solucionar situaciones excepcionales de interés general, abonando la indemnización que en su caso proceda [letra *j*) del art. 261.1].

- Cualesquiera otros derechos reconocidos en la LCSP o en otras leyes [letra *k*) del art. 261.1].

A continuación la LCSP se dedica a regular el ejercicio de alguna de dichas prerrogativas:

o intervención de los mismos, deberá realizarse por el Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador.

(1021) La LCSP introduce en el artículo 261.1.b) respecto de lo que se establecía en el artículo 249.1.b) del TRLCSP el adverbio *«unilateralmente»* que, a juicio de los autores de esta obra, nada añade sino que, el contrario, introduce confusión respecto de lo que se determina, como se tendrá ocasión de analizar más adelante, en la Libro Segundo, Título I, Capítulo I, Sección 3.ª, Subsección 4.ª *«Modificación de los contratos»* que solamente expresa que será, más que unilateral, obligatorio en el caso del artículo 206.1 cuando las modificaciones acordadas por el órgano de contratación impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

– En relación a la de modificar del contrato unilateralmente por razones de interés público [letra *b*) del art. 261.1], dispone en el artículo 262.1 que el órgano de contratación podrá acordar, cuando el interés público lo exija y si concurren las circunstancias previstas en la LCSP, la modificación de las obras, así como su ampliación, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

Ya no recoge la posibilidad, que se recogía en el artículo 250 en relación con el 171.1.b) del TRLCSP, de relacionar una modificación con la celebración de un contrato por procedimiento negociado cuando se trate de obras complementarias, directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que, debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente, pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

En congruencia con dicha conclusión, la LCSP, por un lado, ya no recoge este supuesto dentro de los contemplados en el artículo 166.3 que dispone que los procedimientos con negociación podrán utilizarse en los casos enumerados en los artículos 167 y 168, mientras que, por otro, resultará aplicable el supuesto general establecido en el artículo 205.2.a) de la LCSP para las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo 204, que solo podrán realizarse cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que fuera necesario añadir obras a las inicialmente contratadas, cuando el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, o generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.
- Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones



acordadas conforme al artículo 205, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

- Que se introduzcan las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

El artículo 262.2 de la LCSP concluye que toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el artículo 270 de la LCSP.

– Respecto de la prerrogativa de asumir la explotación de las obras en los supuestos en que se produzca el secuestro o intervención de la concesión [letra *g*) del art. 261.1], el artículo 263 de la LCSP reitera lo que señalaba el artículo 250 del TRLCSP, salvo en lo relativo a la denominación del secuestro de la concesión que ahora para describirse como «*secuestro o intervención*» de la concesión.

El artículo 250.1.j) de la LCSP establece, como hacía el artículo 131.1.j) del TRLCSP, que, en todo caso, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras deberá hacerse referencia a los siguientes supuestos que podrán dar lugar al secuestro o intervención de la concesión.

La LCSP prevé los siguientes supuestos que pueden dar lugar al secuestro o a la intervención del contrato de concesión de obras:

- Cuando, conforme a lo previsto en el artículo 263.1 de la LCSP y previa audiencia del concesionario, éste no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación.

- El artículo 293.1 de la LCSP establece que, cuando el contrato recaiga sobre un servicio público, si por causas ajenas al concesionario o bien del incumplimiento por parte de éste se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio, la Administración podrá acordar el secuestro o intervención del mismo en los términos establecidos en el artículo 263. En todo caso, el concesionario deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

- Cuando, a tenor del artículo 272 de la LCSP, se emitan, previa autorización administrativa previa del órgano de contratación que solo podrá denegarse cuando el buen fin de la concesión u otra razón de interés público relevante lo justifiquen, valores negociables que representen una participación en uno o varios de los derechos de crédito a favor del concesionario, y se produzca la resolución de la concesión por causa imputable al mismo sin que los acreedores hayan obtenido el reembolso correspondiente a sus títulos, la Administración concedente podrá optar por acordar el secuestro o intervención de la concesión, a los solos efectos de sa-

tisfacer los derechos de los acreedores sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno, conforme a lo previsto en el artículo 263 de la LCSP.

- Cuando en un procedimiento de ejecución hipotecaria, en virtud de lo previsto en el artículo 275 de la LCSP, la subasta quedara desierta o ningún interesado fuese autorizado por el órgano de contratación para participar en el mismo, la Administración concedente podrá, en el supuesto de que el acreedor hipotecario autorizado, en su caso, para ser concesionario no opte por el ejercicio del derecho que le atribuye el artículo 671 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, acordar el secuestro o intervención de la concesión conforme a lo previsto en el artículo 261 de la LCSP sin que el concesionario pueda percibir ingreso alguno.

Desde el punto de vista procedimental, el artículo 263 señala lo siguiente:

- El acuerdo del órgano de contratación será notificado al concesionario y si éste, dentro del plazo que se le hubiera fijado, no corrigiera la deficiencia se ejecutará el secuestro o intervención.

- Efectuado el secuestro o intervención, corresponderá al órgano de contratación la explotación directa de la obras (1022) y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario.

- El órgano de contratación designará uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria, realizándose la explotación por cuenta y riesgo del concesionario.

- El secuestro o intervención tendrá carácter temporal y su duración será la que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años.

- El órgano de contratación acordará de oficio o a petición del concesionario el cese del secuestro o intervención cuando resultara acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado y el concesionario justificase estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra.

- Transcurrido el plazo fijado para el secuestro o intervención sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión a tenor de lo previsto en el artículo 279.f) de la LCSP.

(1022) En el artículo 263.2 de la LCSP hace referencia a «obra pública» cuando, a juicio de los autores de esta obra, debería referirse a «obras», en sintonía con la nueva denominación que efectúa sobre el anterior contrato de concesión de obras públicas.

– En relación a la prerrogativa de imponer al concesionario las penalidades pertinentes por razón de los incumplimientos en que incurra [letra *h*) del art. 261.1], el artículo 264 de la LCSP sigue, salvo en lo relativo a la posible superación de los límites establecidos para las penalizaciones cuando el daño efectivamente causado fuera superior (párrafo segundo del mencionado artículo 264.2), lo que ya se establecía en el artículo 252 del TRLCSP:

- Los pliegos de cláusulas administrativas particulares [art. 250.1.j) de la LCSP] establecerán un catálogo de incumplimientos de las obligaciones del concesionario, distinguiendo entre los de carácter leve y grave (este último incumplimiento podrá dar lugar, además, al secuestro temporal de la concesión, y, en su caso, a la resolución de la concesión en los casos previstos en los pliegos), debiendo incluirse las siguientes:

- El incumplimiento total o parcial por el concesionario de las prohibiciones establecidas en la LCSP.

- La omisión de actuaciones que fueran obligatorias conforme a la concesión y, en particular, el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras, la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de las obras (1023), la interrupción injustificada total o parcial de su utilización, y el cobro al usuario de cantidades superiores a las legalmente autorizadas.

- El órgano de contratación podrá imponer penalidades de carácter económico, que se establecerán en los pliegos de forma proporcional al tipo de incumplimiento y a la importancia económica de la explotación.

El límite máximo de las penalidades a imponer no podrá exceder del 10 por cien del presupuesto total de la obra durante su fase de construcción. Sobre este límite, resulta preciso señalar que es curioso que lo refiera respecto del presupuesto total de la obra, que ha de entenderse realizado al presupuesto base de licitación (art. 100 de la LCSP), cuando, como ya se ha analizado en esta obra, el artículo 192.1 de la LCSP establece que los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el supuesto de incumplimiento que, en ningún caso, podrán superar determinados porcentajes sobre el precio del contrato (1024), IVA excluido, cuando además dicho artículo introdujo dicha modificación respecto de lo que se establecía en el artículo 212 del TRLCSP que sí lo refería al

(1023) En el artículo 263.2 de la LCSP hace referencia a «obra pública» cuando, a juicio de los autores de esta obra, debería referirse a «obras», en sintonía con la nueva denominación que efectúa sobre el anterior contrato de concesión de obras públicas.

(1024) En relación a este aspecto, aunque el TRLCSP se refería en el artículo 212.1 al «presupuesto del contrato», lo más correcto era hablar, como ha hecho finalmente el artículo 192 de la LCSP, de «precio del contrato». Véase Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.



presupuesto del contrato. Además, tampoco se comprende desde este punto de vista que el artículo 264.5 de la LCSP continúe disponiendo que «*Durante la fase de ejecución de la obra el régimen de penalidades a imponer al concesionario será el establecido en el artículo 192 de la presente Ley*».

Si la concesión estuviera en fase de explotación, el límite máximo de las penalidades anuales no podrá exceder del 20 por cien de los ingresos obtenidos por la explotación de la obra pública durante el año anterior.

- Con independencia del régimen de penalidades previsto en el pliego, la Administración podrá también imponer al concesionario multas coercitivas cuando persista en el incumplimiento de sus obligaciones, siempre que hubiera sido requerido previamente y no las hubiera cumplido en el plazo fijado. A falta de determinación por la legislación específica, el importe diario de la multa será de 3.000 euros.

Lo señalado, resulta de aplicación, a tenor de lo previsto en el artículo 293.2 de la LCSP, a las penalidades que se puedan imponer en un contrato de concesión de servicios, siempre que resulte compatible con la naturaleza de la misma.

3. *Contrato de concesión de servicios*

Respecto al desaparecido contrato de gestión de servicios públicos para el que el artículo 286 del TRLCSP recogía las causas de resolución de estos contratos, el artículo 294.f) de la LCSP recoge, dentro de las causas de resolución del contrato de concesión de servicios, su secuestro o intervención por un plazo superior a tres años (art. 263.3. de la LCSP), sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

Asimismo, el artículo 312.d) de la LCSP recoge con carácter totalmente novedoso que, cuando los contratos de servicios conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, se produzca un incumplimiento por parte del contratista del que se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio, y la Administración no decidiese la resolución del contrato, se podrá acordar el secuestro o intervención hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

c) PROCEDIMIENTO

El artículo 191 de la LCSP extiende el procedimiento establecido en el mismo, ya no solamente a la adopción de acuerdos relativos a las prerro-



gativas de interpretación, modificación y resolución del contrato, sino a todas las recogidas en el artículo 190, a las que ya se acaba de hacer referencia.

Además establece, lo mismo que hacía el artículo 211 del TRLCSP, lo siguiente:

– En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, los acuerdos en ejercicio de las diferentes prerrogativas administrativas deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos de constitución, reposición y reajuste de garantías (art. 109 de la LCSP) y resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos (art. 195 de la LCSP).

– Además, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se ejercite la facultad de interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Respecto de la redacción que se efectúa en el artículo 191.3.a) de la LCSP llama la atención, a juicio de los autores de esta obra, que, como ya se hacía en el artículo 211.3.a) del TRLCSP, se incluya entre las prerrogativas administrativas una que no aparece citada en el artículo 190. Se trata de la referencia a la facultad de instar la nulidad de los contratos que, más que una prerrogativa propia y específica de los contratos administrativos, se deriva de lo previsto en el artículo 41 de la LCSP que se remite a lo previsto en el Capítulo I del Título V de la LPACAP en relación a la institución de la revisión de oficio. En este sentido, el artículo 106 de la LPACAP dispone lo siguiente:

«1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.»



En consecuencia, a juicio de los autores de esta obra, la referencia a la nulidad, que se hace en el artículo 191.3.a) de la LCSP, resulta reiterativa y, por lo tanto, innecesaria, pues resultará en todo caso aplicable a tenor de lo previsto en el mencionado 106 de la LPACAP.

Por el contrario, el citado artículo 191 de la LCSP, aunque mantiene que seguirá siendo necesario el dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, introduce las siguientes novedades respecto del también mencionado artículo 211 del TRLCSP:

– En caso de modificación del contrato, adapta, en correlación con el artículo 204 de la LCSP, el porcentaje máximo de la misma, cuando no estuviese prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que ahora queda elevada al 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, manteniendo que su precio debe ser igual o superior a 6.000.000 de euros.

– Incorpora lo previsto en el artículo 81.2 párrafo primero de la LPACAP para el supuesto de reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que ésta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma.

D. Ejecución parcial o defectuosa

a) INTRODUCCIÓN

Bajo este epígrafe se van a analizar cuatro aspectos, el incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, la demora en la ejecución del contrato, los daños y perjuicios e imposición de penalidades, y la resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución prórroga de los contratos.

En caso de ejecución parcial o defectuosa, es preciso tener en cuenta que el Legislador no ha estimado oportuno establecer un plazo especial de caducidad para los procedimientos que, de oficio, se instruyeren al efecto. Por este motivo, a tenor de lo previsto en la disposición final cuarta.1 de la LCSP, se aplicará el plazo general de 3 meses, a contar desde la fecha del acuerdo de inicio sin que recayese resolución, recogido en el artículo 21.3.a) de la LPACAP. Esto plantea, a juicio de los autores de esta obra, un serio inconveniente ya que difícilmente el órgano de contratación podrá, en tan breve plazo, dictar la correspondiente resolución administrativa cuando, como suele ser normal, el contratista discute, se posiciona



sobre los motivos argumentados, y combate los informes técnicos o aporta a su vez otros dictámenes que sustentan su postura.

En la instrucción del procedimiento, que se ha de instruir para decidir si existe una ejecución parcial o defectuosa, resultará preciso que se otorgue el trámite de audiencia al contratista (1025) ya que, de lo contrario, se produciría indefensión al no haber podido formular alegaciones ni proponer pruebas ni conocer los informes de la dirección facultativa antes de que fuera dictada la resolución. En este sentido, dicho trámite debe realizarse con todas las formalidades legales de modo que no sería suficiente para entenderlo realizado con una mera advertencia dirigida al contratista de que, a la vista de la marcha de los trabajos observada por la dirección facultativa, se produciría una imposibilidad de cumplimiento de la ejecución del contrato y que, de no adoptarse una mayor diligencia, se adoptarían las penalidades previstas en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual (1026).

b) INCUMPLIMIENTO PARCIAL O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

Como ya se ha señalado en esta obra, el artículo 192.1 de la LCSP establece que los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al artículo 76.2 y al artículo 202.1 de la LCSP. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato.

Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En el artículo 192.3 de la LCSP se introduce, respecto de lo que se preveía en el artículo 212 del TRLCSP, la novedad de señalar que los plie-

(1025) De acuerdo con lo previsto en los artículo 82 de la LPACAP y 97 del RGTRLCAP. En este sentido, véase la STJ de Castilla y León, de 17 de febrero de 2012, en la que se ejercita una pretensión de carácter anulatorio por omisión del trámite de audiencia al contratista en el caso de la decisión de imponer penalidades sin que previamente se haya dado a la contratista la posibilidad de formular alegaciones, prescindiéndose por lo tanto del trámite de audiencia.

(1026) Véanse las SSTSJ de Castilla y León de 17 de diciembre de 2010 y de 6 de junio de 2013.

gos reguladores de los acuerdos marco podrán prever las penalidades establecidas en el artículo 192 en relación con las obligaciones derivadas del acuerdo marco y de los contratos en él basados.

c) DEMORA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 193 de la LCSP reproduce lo que se disponía en el artículo 212 del TRLCSP introduciendo solamente la novedad de especificar que el porcentaje de las penalidades se efectuará sobre el precio del contrato pero, indica, con exclusión del IVA.

Por lo tanto, la regulación será la siguiente:

– El contratista estará obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva, sin que para la constitución en mora del contratista sea preciso la intimación previa por parte de la Administración.

– Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido, aunque el órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

Cuando las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

Respecto del juego de la penalidad diaria y del porcentaje del 5 por ciento, resulta muy conveniente, a juicio de los autores de esta obra, que el órgano de contratación se plantee en los pliegos cuánto tiempo resulta razonable que el contratista se demore en la ejecución del contrato pues si no se fija un porcentaje ad hoc, es muy posible que no pueda ejercitarse la facultad resolutoria hasta transcurrido un tiempo excesivo o, incluso, cuando el propio contrato ha finalizado su duración (1027).

(1027) Imagínese un contrato de limpieza en un hospital adjudicado por ciento.000 euros más IVA. Si no se prevé nada en los pliegos la penalidad diaria sería por aplicación del artículo 193.3 de la LCSP de 60 euros y el 5 por ciento para poder plantear una posible resolución contractual de 5.000 euros. Ello querría decir que el órgano de contratación debería estar penalizando diariamente al



– La Administración, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, tendrá las mismas facultades a que se acaba de hacer referencia en caso de incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

Las penalidades no son sanciones en sentido estricto, sino que constituyen un medio de presión para asegurar el cumplimiento regular de la obligación a modo de cláusula penal del artículo 1152 del Código Civil (1028). Por lo tanto, se trata de una concepción civil, en la que se predica el «*principio de la presunción de culpa en el contratante*» que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento (1029).

En el ámbito de la Contratación Pública, al igual que en la contratación privada, desempeñan una función coercitiva para estimular el cumplimiento de la obligación principal, es decir el contrato, pues, en caso contrario, deberá satisfacerse la pena pactada. Son, por tanto, estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal de que se trate por lo que, en aras a la garantía del contrato, conducen a que el contratista venga obligado, no solo al pago de una determinada cantidad de dinero calculada en razón a la modulación del grado de inobservancia, sino incluso a la extinción contractual si la modalidad de incumplimiento alcanza mayor intensidad (1030).

Como se ha señalado, siempre se relaciona su aplicabilidad a que el retraso sea imputable al contratista. En relación a dicha imputabilidad resulta necesario que sea interpretada, a tenor de los principios generales de la contratación conforme a los criterios de la buena fe y lealtad contractual, de modo que la aplicación de la cláusula penal prevista en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual ha de efectuarse conforme a la equidad, debiendo en consecuencia entenderse que no concurre cuando han concurrido concausas ajenas a la actuación del contratista que hayan alterado la programación de la ejecución de contrato que tenía prevista para cumplir en el plazo marcado la prestación a que venía obligada por el contrato adjudicado (1031).

contratista durante 84 días. No parece lógico arbitrar una solución tan mala. Por ello, si se entiende que la demora razonable razonándolo en el expediente serían 4 días, la penalidad diaria debería de establecerse en los pliegos en un porcentaje del 1.25 por ciento, es decir, en 1.250 euros diarios, de modo que al cuarto día se alcanzasen los 5.000 euros o, lo que es lo mismo, el 5 por ciento del precio del contrato, IVA excluido.

(1028) SSTS de 6 de marzo de 1997 y de 18 de mayo de 2005.

(1029) STS de 21 de noviembre de 1988.

(1030) STS de 18 de mayo de 2005.

(1031) SAN de 24 de abril de 2013.



d) DAÑOS Y PERJUICIOS E IMPOSICIÓN DE PENALIDADES

El artículo 194 de la LCSP, al igual que establecía el artículo 212 del TRLCSP, dispone que la indemnización de daños y perjuicios se producirá cuando se hubiese producido por parte del contratista un incumplimiento parcial o un cumplimiento defectuoso (art. 192 de la LCSP), o se hubiese incurrido en demora en la ejecución (art. 193 de la LCSP), siempre que no se hubiese previsto ninguna penalidad o que, aún habiéndola previsto, no cubriera los daños causados a la Administración.

En el caso de que las penalidades sí se hubiesen previsto, las mismas se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de los mencionados pagos. En tal sentido, el artículo 99 del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra mantiene su vigencia, establece que los importes de las penalidades por demora se harán efectivos mediante deducción de los mismos en las certificaciones de obras o en los documentos de pago al contratista, sin que la aplicación y el pago de estas penalidades excluya la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista.

e) RESOLUCIÓN POR DEMORA Y AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE EJECUCIÓN

El artículo 195 de la LCSP, salvo la sustitución del término «*prórroga*» por la expresión «*ampliación del plazo de ejecución*» y la adición de un inciso final en el apartado 2, sigue la misma redacción que se hacía en el artículo 213 del TRLCSP en el sentido de establecer que, en caso de que se hubiese incurrido en demora en la ejecución (art. 193 de la LCSP), se podrán producir estas dos situaciones:

– Que el retraso fuese imputable al contratista y la Administración optase por la resolución, en cuyo caso ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista.

Cuando se formule oposición por parte del contratista, deberá emitirse dictamen preceptivo por parte del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.



– Que el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, en cuyo caso el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

En esta segunda situación, en el inciso final del artículo 195.2, se adiciona que el responsable del contrato emitirá un informe en el que se determinará si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.

E. Daños a terceros

El artículo 196 de la LCSP especifica que, en el supuesto en el cual el contratista haya producido daños a terceros (1032) a consecuencia de la ejecución del contrato, estará obligado a repararlos a través del pago de una indemnización por daños y perjuicios que será distinta a la prevista en el artículo 194 de la LCSP para cuando se hubiese producido por parte del contratista un incumplimiento parcial o un cumplimiento defectuoso (art. 192 de la LCSP), o se hubiese incurrido en demora en la ejecución (art. 193 de la LCSP) y no se hubiese previsto ninguna penalidad o que, aún habiéndola previsto, no cubriera los daños causados a la Administración.

La regulación que efectúa el mencionado artículo 196 es idéntica a la que se establecía en el artículo 214 del TRLCSP salvo, como se analizará a continuación, en lo relativo a los daños surgidos de la elaboración de un proyecto de obras:

– Será obligación del contratista, que ejecuta normalmente el contrato como ya se ha señalado en esta obra bajo el principio de riesgo y ventura, indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Dicha obligación se derivará, en el contrato de obras, del criterio del director facultativo o, de haber sido nombrado, del responsable del contrato y, en el resto de los contratos, del órgano de contratación, o a consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras o en el de suministro-fabricación.

– Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes.

(1032) Véase el Dictamen incluido en la *Memoria del Consejo de Estado de 2009*, Segunda Parte: Observaciones y sugerencias, Epígrafe VI. «La responsabilidad del contratista y del concesionario frente a los terceros», pp. 197-204, Madrid 2010, en el que concluye que no comparte la interpretación acogida por la STS de 24 de mayo de 2007, y que va a ser objeto de comentario a continuación en esta obra.



En relación a dicha circunstancia, conviene tener presente en sede del contrato de obras estos preceptos:

- El artículo 238.1 y 2 de la LCSP que establece que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de este diere al contratista la Dirección facultativa de las obras. Cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes.

- El artículo 166.3 del RGTRLCAP establece, en sede de medición general y certificación final de las obras, que para ello se tendrán en cuenta, entre otros documentos, el libro de incidencias, si lo hubiera, el de órdenes y cuantos otros estimen necesarios el director de la obra y el contratista. Pues bien, el mencionado libro de órdenes resultará de capital importancia para la determinación de esta posible responsabilidad del contratista (1033).

– También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto en el contrato de obras elaborado por ella misma en el contrato de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315 de la LCSP, o en el contrato de suministro de fabricación.

El último inciso del artículo 196 de la LCSP introduce las novedades de no vincular, como sin embargo sí hacía el artículo 214 del TRLCSP, la responsabilidad de la Administración a la circunstancia de que ella fuera la autora del proyecto, y de ello será independiente de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315 de la LCSP. A juicio de los autores de esta obra, cabe señalar lo siguiente:

- Respecto a la primera novedad, resulta adecuada a lo regulado en la LCSP que prevé que el proyecto sea elaborado y redactado por la Administración o por un tercero a través de la celebración del correspondiente contrato de servicios (1034).

(1033) Véanse las SSTS de 9 de mayo de 1995, 11 de julio de 1995, y 8 de julio de 2000.

(1034) Puede también existir la posibilidad absolutamente excepcional de que el proyecto puede tener una relevancia singular que por razones arquitectónicas o de ingeniería justifique que un Jurado «*ad hoc*» intervenga en la selección de los técnicos a quienes se va a encargar el trabajo mediante un concurso. Véase, en relación a este sistema, lo señalado en los artículos 181 a 187 de la LCSP.



- Sin embargo, respecto a la segunda novedad, consistente en que será posible repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315 de la LCSP, cabe señalar que el artículo 233.4 de la LCSP, cuando dispone que el autor o autores del proyecto incurrirán en responsabilidad en los términos establecidos en dicha Ley, deberá interpretarse, en todo caso, en el sentido de que se precisará demostrar que los defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios, sean imputables al contratista que haya elaborado y redactado el proyecto.

A tal fin, es preciso recordar las medidas excepcionales que acompañan, no solo en el momento previo a la aprobación del expediente de contratación [a tenor del artículo 231.1 de la LCSP, el proyecto se somete, como ya se ha analizado en esta obra, a sucesivas fases; de supervisión (1035) por parte de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión con la finalidad de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica de construcción; de aprobación; y, finalmente, de replanteo para comprobar tanto la realidad geométrica de la obra proyectada, para cerciorarse de que no existen errores en la medición o defectos técnicos, como la efectiva disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución (1036)], sino, una vez formalizado el contrato y antes de iniciarse la ejecución de las obras, que es sometido a la comprobación del replanteo con objeto de realizar las verificaciones «*in situ*», ahora de forma contradictoria, y comprobar que el contratista tiene a su disposición las pertinentes licencias con el objeto de comenzar cuanto antes con la ejecución del contrato (1037), ya que, si el resultado es favorable, a partir del día siguiente a expedirse y firmarse el acta de comprobación del replanteo, se empezará ya a computar el plazo de ejecución de las obras (1038).

– Los terceros podrán requerir previamente, dentro del plazo de 1 año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto. Ante el silencio que guarda la LCSP y el carácter supletorio que tiene la LPACAP, a tenor de lo previsto en la disposición final cuarta.1, resulta-

(1035) Artículo 235 de la LCSP.
(1036) Artículo 236.1 de la LCSP.
(1037) Artículo 237 de la LCSP.
(1038) Artículo 139.2.^a) del RGTRLCAP.



ría aplicable, salvo que existiera legislación específica aplicable, lo previsto en el artículo 67 en relación con los criterios de valoración recogidos en el artículo 34,2,3 y 4 de la LRJSP para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración (1039).

Respecto al planteamiento de dicha reclamación, conviene comentar las posturas encontradas que mantienen el TS (1040) y el Consejo de Estado (1041):

El TS entiende que el tercero perjudicado tiene que dirigir su acción de responsabilidad extracontractual contra el contratista, cuando el daño o lesión es consecuencia de las operaciones propias de la ejecución del contrato, y contra la Administración, cuando el daño se produce como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de vicios del proyecto.

Por su parte, el Consejo de Estado entiende que la interpretación efectuada por el TS responde a una lectura apresurada del artículo 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, cuya redacción se ha mantenido invariable (arts. 97 del TRLCAP, 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 214 del TRLCSP) hasta que el vigente artículo 196 de la LCSP ha introducido las novedades ya comentadas con anterioridad. Frente a ella, hace una interpretación sencilla pero, a juicio de los autores de esta obra llena, de sentido, basada en los siguientes argumentos:

- La responsabilidad de los contratistas y de los concesionarios no puede ser distinta de la consagrada con carácter general en la LRJPAC, actual LPACAP, en virtud de la cual los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los

(1039) En este sentido al artículo 34, 2,3 y 4 de la LRJSP establece lo siguiente:

– La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

– La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la LGP, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

– La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

(1040) Véase STS de 24 de mayo de 2007.

(1041) Véase el Dictamen incluido en la *Memoria del Consejo de Estado de 2009*, Segunda Parte: Observaciones y sugerencias, Epígrafe VI. «La responsabilidad del contratista y del concesionario frente a los terceros», págs. 197-204, Madrid 2010.



casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

- Admitir un distinto régimen procesal, en función de la causa del daño producido al tercero, comportaría la vinculación de la responsabilidad de los contratistas y concesionarios a la sujeción al régimen general de culpa.
- Comportaría una disminución de las garantías legales articuladas a favor del administrado y un evidente paso atrás en la evolución garantista de nuestro Derecho.
- Quebraría el régimen procesal unificado, establecido en la mencionada LRJPAC, actual LPACAP, ratificado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 9.4).

F. Modificación contractual

El sistema previsto en la LCSP respecto al régimen de las modificaciones contractuales, se corresponde con el reflejado en los siguientes gráficos que a continuación serán objeto de análisis en esta obra:

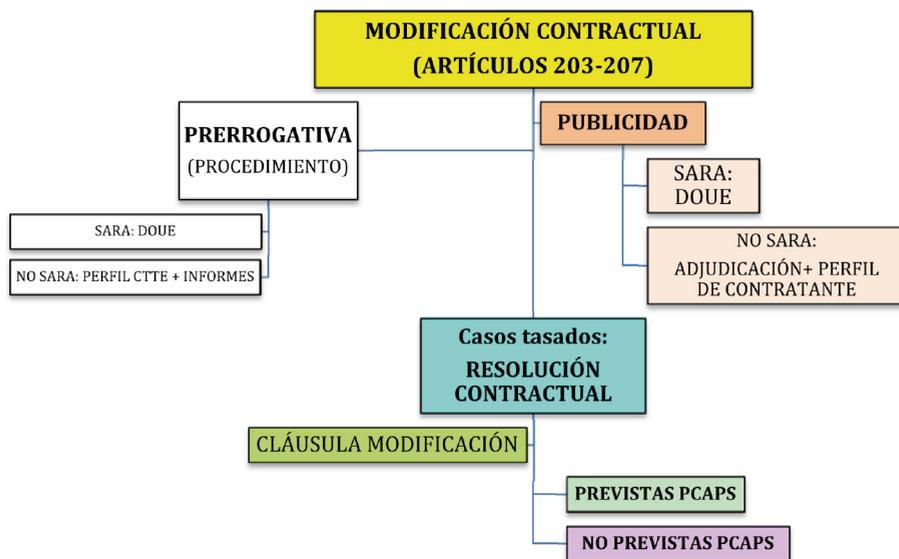


Gráfico número 21



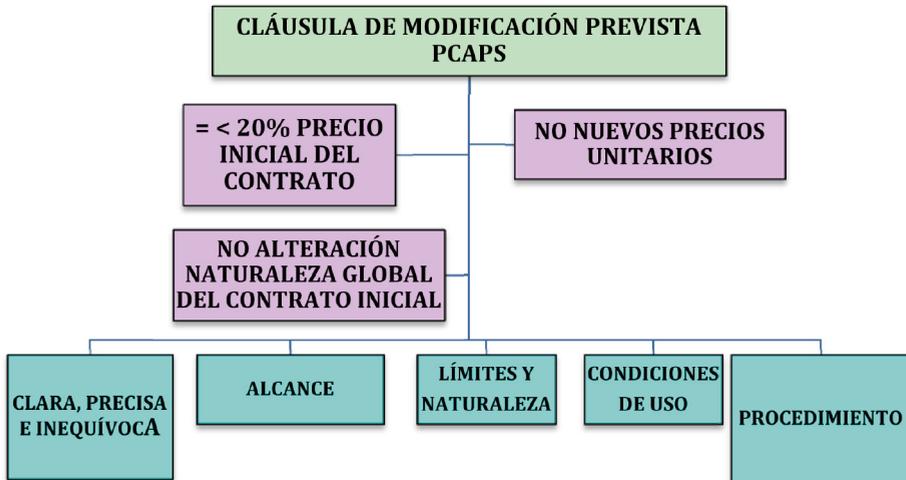


Gráfico número 22

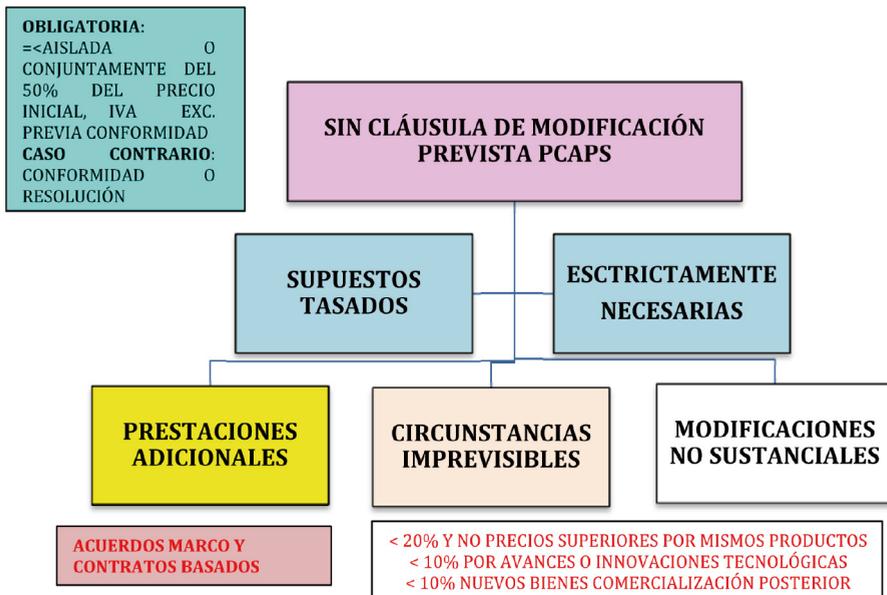


Gráfico número 23

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)



a) INTRODUCCIÓN

La regulación de las modificaciones contractuales ha sido una de las últimas materias que fueron modificadas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y que pasaron a formar parte primero del TRLCSP y ahora de la LCSP.

Su regulación siempre ha venido rodeada de polémica, pues las modificaciones contractuales han venido siendo utilizadas como un medio para burlar la aplicación de los principios de la normativa comunitaria de la contratación pública (1042). Por ello, en el Preámbulo de la citada Ley 2/2011 (1043), se señalaba, respecto al régimen de modificaciones contractuales, que *«En el Capítulo V se impulsa la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público privada, como elementos fundamentales de relación entre la Administración Pública y el tejido empresarial y, a la vez, como ámbitos en los que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica. La adopción de estas medidas conlleva la reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificada en la disposición final decimosexta. En especial, se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por 100 el precio inicial del contrato»*.

(1042) CANALES GIL, A., y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios a la Contratación de las Administraciones Públicas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Madrid, 2013, ponían de manifiesto estas disfunciones:

– *«El contenido del valor estimado del contrato equivale a su importe total, excluido el IVA, IGIC o IPSI. Dentro del cómputo de dicho importe, deberá tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual, las eventuales prórrogas del contrato y las primas o pagos a abonar a los candidatos o licitadores, cuando así se hayan previsto. En relación a lo señalado, se plantean dos cuestiones, por un lado, en la LCSP no se recoge la obligación de incluir en el valor estimado el gasto correspondiente a las modificaciones contractuales, sobre manera en el caso de que las mismas ya se prevean en los pliegos de cláusulas administrativas y en el contrato y, en consecuencia se puedan modificar las condiciones esenciales del contrato, ...»*.

– *«Otra cuestión, que ha puesto de manifiesto la práctica, ha surgido de la visión conjunta que arroja sobre la ejecución del contrato la conjugación de la figura de la modificación contractual con la posibilidad de prorrogar la duración de los contratos. Se ha puesto de manifiesto una irregular apreciación del valor estimado de los contratos y, en consecuencia, una huida, más o menos interesada, del principio de publicidad que inspira la Contratación Pública»*.

– *«Para no desvirtuar el proceso de contratación en el sentido señalado, resulta necesario afrontar la interpretación de las modificaciones contractuales en clave de si las mismas estuvieron o no previstas en los pliegos de cláusulas administrativas y en el contrato distinguiendo, a tal efecto, los siguientes supuestos:»*

(1043) Apartado III.



Por lo tanto, la nueva regulación de las modificaciones contractuales fuera impulsada desde las Instituciones Comunitarias (1044). La cuestión clave a la hora de aplicar correctamente una modificación contractual era tratar de definir si, a través de la misma, se habían podido llegar a ver afectadas las condiciones esenciales del contrato, es decir, las condiciones previstas en el contrato en relación a la naturaleza de la prestación que constituye su objeto (1045), y ello, lógicamente, no era nada sencillo y, además en caso afirmativo, era causante de la necesidad de acudir a desarrollar una nueva licitación (1046).

(1044) Véase la Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero, en relación a un contrato de servicio de gestión de residuos peligrosos, se indica lo siguiente: «*Séptimo. El principio de igualdad en materia de contratación administrativa implica que todos los licitadores han de encontrarse en pie de igualdad de trato tanto en el momento de presentar sus proposiciones como en el momento posterior; de ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así lo dispone el vigente artículo 139 del TRLCSP «Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y se ajustarán al principio de transparencia». En relación al principio de igualdad de trato en los procedimientos de contratación administrativa, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de abril de 2007, asunto Deloitte Business Advisor NV, T-195/05, manifestó que el citado principio exige que no se dispensen tratamientos diferentes ante situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato está justificado objetivamente».*

A la hora de afrontar la figura de la modificación contractual, véase la Resolución de 15 de octubre de 2013, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2006 a 2009 por la Tesorería General de la Seguridad Social.

(1045) Véase la STJUE de 29 de abril de 2004, Asunto *Comisión/CAS Succhi di Frutta SpA*, Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio, y Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 5 de febrero de 2008 entendiéndose que se modificarán las condiciones esenciales del contrato en los casos en que queden afectadas «*las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse*», «*el objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario*», o «*el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario*».

(1046) Véase el Dictamen del Consejo de Estado de 1 de febrero de 2007 en el que señalaba que «*Ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar los expedientes de modificación contractual que ésta pudiera ser empleada para encubrir «prácticas viciosas» susceptibles de «frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación» de contratos públicos».*

Por su parte, resulta interesante recordar como la Comisión Nacional de la Competencia en su Guía sobre «*Contratación Pública y Competencia*» respondía, en su apartado II relativo a la Celebración, diseño, desarrollo y ejecución de los contratos públicos, a la pregunta ¿De qué forma las decisiones tomadas después del procedimiento de licitación pública inciden en la libre concurrencia de las empresas? en relación a las modificaciones contractuales sobrevenidas, en los siguientes términos:

a) Estas actuaciones pueden llevarse a cabo además con el propósito de rentabilizar un contrato para el que se había ofertado excesivamente a la baja. *b)* Es conveniente que, en cada pliego, junto con las condiciones esenciales del contrato, figuren expresamente los elementos en los que se permitiría la modificación posterior del mismo en caso de sobrevenir circunstancias imprevisibles, con objeto de tasar las causas de modificación y, con ello, reducir el riesgo de modificaciones injustificadas. *c)* Dado que las modificaciones sobrevenidas pueden ser consecuencia de una formulación deficiente de los pliegos o los proyectos, éstos se han de elaborar poniendo el máximo esfuerzo en minimizar el riesgo de tener que revisarlos posteriormente, evitando en particular que se traten como «*imprevisibles*» circunstancias que resultan perfectamente previsibles en el momento de la licitación. Cuando estas deficiencias en el proyecto sean imputables al contratista redactor del proyecto, cabe considerar la posibilidad de exigirle la correspondiente responsabilidad. *d)* Al no existir licitación, la Administración podrá pactar las nuevas condiciones de prestación, según prevé la Ley, directamente con el contratista. Cuando la modificación de los precios sea significativa en relación con el importe original del contrato, podría ser conveniente contrastar esos precios



b) ÁMBITO DE APLICACIÓN

La LCSP en este proceso evolutivo de las modificaciones contractuales ha procedido a suprimir el Título V del Libro I «*De la configuración general de la Contratación del Sector Público y elementos estructurales de los contratos*», artículos 105 a 108 del TRLCSP, para llevar su regulación a la Subsección 4.^a «*Modificación de los contratos*», Sección 3.^a «*Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*», Capítulo I. «*De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas*», Título I. «*Disposiciones generales*», Libro Segundo «*de los contratos de las Administraciones Públicas*». Ello daría a entender que la LCSP ha restringido el ámbito de aplicación de la regulación que hacía el TRLCSP y que se extendía a los contratos administrativos y a los contratos privados.

Sin embargo, a pesar de estar incluida la regulación de las modificaciones contractuales en el Libro Segundo «*de los contratos de las Administraciones Públicas*», el Legislador ha querido mantener su aplicación, por remisión directa de la propia LCSP, a la contratación celebrada por una Administración Pública-Poder Adjudicador y por una No Administración Pública-Poder Adjudicador (1047), aplicando a un No Poder Adjudicador la doctrina de los actos separables para atribuir su conocimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1048).

c) PREMISAS DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

El artículo 203.1 de la LCSP establece, lo mismo que hacían los artículos 105.1 y 219 del TRLCSP, que los contratos administrativos solo podrán

en el mercado, incluso si el porcentaje de incremento del precio en relación con el presupuesto original se encuentra dentro de los umbrales permitidos legalmente. e.) Debe evitarse incluir en la modificación nuevas prestaciones que no son directamente imputables al surgimiento de la circunstancia imprevisible que la ha motivado.

(1047) Artículo 319 de la LCSP cuando dispone que «*Los efectos y extinción de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado. No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato;...*».

(1048) Artículo 322 de la LCSP dispone que los efectos, modificación y extinción de los contratos de las entidades del Sector Público que no ostenten la condición de poder adjudicador se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación. El artículo 27.2.a) de la LCSP establece que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver «*Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior*».



ser modificados por razones de interés público (1049) en los casos y en la forma previstos en la LCSP (1050), de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, ya analizado en esta obra, y con las particularidades previstas en el artículo 207 de la LCSP, sin perjuicio de los supuestos previstos en la misma respecto a la sucesión en la persona del contratista (art. 98), cesión del contrato (arts. 214 a 217), revisión de precios (arts. 103 a 105) y ampliación del plazo de ejecución del contrato (arts. 29 y 195) (1051).

Sin embargo, en los apartados 2 y 3 del citado artículo 203 de la LCSP, recoge las siguientes novedades respecto de la regulación que se establecía en los artículos 105 y 219.2 del TRLCSP:

– Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204 de la LCSP, o cuando, sin haberse previsto en los mismos, se cumplan las condiciones que establece el artículo 205 de la LCSP.

– Fuera de los casos señalados, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en la LCSP, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 213.6 de la LCSP respecto de la obligación del contratista de adoptar las medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

Por esta razón, la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas porque se trata de una obra diferente, con proyecto propio y distinto, y que, por ello, ha de dar lugar a un contrato nuevo aunque, como su término indica, necesariamente ligado a otro que se encuentra en ejecución. A pesar de que parece fácil distinguir la modificación contractual de un supuesto de ejecución de obras complementarias sin embargo no lo es, razón por la cual, para determinar si se trata de una modificación contractual y no de un proyecto de obras complementarias, hay que atender, por ejemplo, a la interrelación física entre las obras y la necesidad de su intro-

(1049) Véase Informe JCCA número 50/2003, de 12 de marzo de 2004.

(1050) Subsección 4.^a «*Modificación de los contratos*», Sección 3.^a «*Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*», Capítulo I. «*De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas*», Título I. «*Disposiciones generales*», Libro Segundo «*de los contratos de las Administraciones Públicas*».

(1051) Véanse la Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el Informe JCCA número 73/2011, de 1 de marzo de 2012, así como los Dictámenes del Consejo de Estado números 587/2004, de 6 de mayo, 403/2006, de 4 de mayo, y 34/2007 de 1 de febrero.

ducción para llevar a buen fin el proyecto con la mayor satisfacción posible de los intereses generales, pues no hay que olvidar que el modificado es consustancial a la obra mientras que la obra complementaria puede ser conveniente, útil, pero no esencial al proyecto originario (1052).

– Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP, y deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63 de la LCSP.

d) CAUSAS HABILITANTES

1. *Modificación de contenido presupuestario*

En la LGP se ha añadido un nuevo precepto que pudiera dar lugar a una modificación contractual. A esta circunstancia también se hará referencia en esta obra cuando se aborden las causas de resolución contractual pues, como se va a analizar a continuación, cuando no sea posible instar la modificación del contrato se procedería a acordar la misma.

Se trata de la adición de un nuevo artículo 47 bis, con vigencia de carácter indefinida, incluida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (1053). El citado precepto establece, con vigencia desde el 1 de enero de 2013, que cuando en una obligación plurianual derivada de un contrato, formalizado de conformidad con el ordenamiento jurídico, y de la que derivasen compromisos de gastos de carácter plurianual (1054), no fuese posible, excepcionalmente, autorizar créditos suficientes para afrontar las obligaciones en alguno de los ejercicios posteriores, el órgano competente para aprobar y comprometer el gasto estará obligado a comunicar tal circunstancia al tercero, tan pronto como se tenga conocimiento de ello, para que siempre que lo permitan las disponibilidades de los créditos, se acuerde la modificación del contrato dando lugar a la reprogramación de las obligaciones asumidas por cada parte, con el consiguiente reajuste de anualidades, ajustándolo a las nuevas circunstancias. De no resultar posible la modificación señalada, se acordará

(1052) Véanse la STS de 7 de julio de 1998 y los Dictámenes del Consejo de Estado números 45.942 de 15 de diciembre de 1983 y 1741/2003 de 26 de junio.

(1053) Disposición final 14.4 de Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

(1054) En el último párrafo del citado artículo 47 bis de la LGP señala, con carácter especial, que «*En aquellos supuestos en los que la obligación de la Hacienda Pública estuviera condicionada, en el propio negocio o acto jurídico del que derive, a la existencia de crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Estado de cada uno de los ejercicios para los que se comprometió, el órgano administrativo, con carácter previo a acordar la resolución de la relación jurídica, valorará el presupuesto de gastos autorizado y el grado de ejecución del objeto del negocio, a fin de considerar soluciones alternativas antes de que opere la condición resolutoria, para lo cual deberá notificar de forma fehaciente al tercero tal circunstancia*».



la resolución del contrato siguiendo el procedimiento establecido en las correspondientes normas, y fijando las compensaciones que, en su caso, procedan.

Sea como fuere, a juicio de los autores de esta obra, hubiera sido necesario que, en función del principio de seguridad jurídica, la modificación de la LGP hubiese tenido su reforma correlativa en el TRLCSP o en la LCSP, en el que se recogiese esa posible modificación contractual por imposibilidad de hacer frente al gasto comprometido en contratos plurianuales a partir de cualquiera de los ejercicios siguientes al inicial de su formalización. Al no haberse hecho así, surgen problemas a la hora de llevar a cabo por parte del Interventor delegado competente la preceptiva fiscalización limitada previa a tenor de lo previsto en la Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado de 2 junio 2008, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos.

Respecto de esta causa cabe, a juicio de los autores de esta obra, señalar que representa una importante quiebra del principio de seguridad jurídica máxime cuando introduce una causa absolutamente desconocida desde el punto de vista de la hermenéutica tradicional del ámbito presupuestario en la cual, si se celebraba un contrato plurianual, uno de los requisitos es que contara para asumir el compromiso de gasto con la imprescindible financiación en cada uno de los ejercicios a los que se extendía la ejecución del mismo.

2. *Modificaciones incluidas en los pliegos*

En primer lugar, hay que señalar que el artículo 204 de la LCSP especifica que las modificaciones habrán de estar incluidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, abandonando la referencia genérica que hacía el artículo 106 del TRLCSP que se refería a la documentación que rige la licitación, entendiendo por tal los propios pliegos pero también el anuncio de licitación. El artículo 35.1.j) de la LCSP señala que los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, necesariamente, los supuestos en que procede la modificación, en su caso.

Para ello, introduce el siguiente contenido totalmente novedoso:

– Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia cuando en los pliegos de cláusulas administrativas

particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad (1055) y siempre que:

- No quedara alterada la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato inicial cuando se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

- No suponga el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

– El límite máximo de la modificación será del 20 por ciento del precio inicial del contrato, a diferencia de lo previsto en el artículo 106 del TRLCSP, que entendía que no debía existir límite alguno porque, al haber sido publicitada la modificación en los pliegos o en el anuncio, los licitadores ya eran concededores de dicha posibilidad y en función de la misma pudieron fijar libremente sus ofertas. Aunque el artículo 204.1 párrafo primero de la LCSP no lo especifica, a juicio de los autores de esta obra, ha de referirse, en concordancia con el artículo 205.2.a) 2.º y con el artículo 109.3 de la LCSP, al precio inicial del contrato, IVA excluido.

Por otro lado, cuando la modificación afectara a alguno de los lotes que, como ya se ha establecido en esta obra, es la regla general para todos los contratos excepto para el contrato de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3 en relación con el artículo 13.3 de la LCSP, hay que recordar que el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato. Desde este punto de vista, a juicio de los autores de esta obra, resultará que, salvo que se considere que existe un solo contrato por expresa disposición del pliego o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, la men-

(1055) La disposición adicional trigésima tercera de la LCSP prevé que respecto de los contratos de «*Suministros o Servicios Abiertos*», es decir aquellos en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, si dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 204 de la LCSP. La citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades.



cionada limitación ha de entenderse aplicable en relación al lote que corresponda (1056).

En cualquier caso, a tenor del artículo 109.3 de la LCSP, cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio final ofertado, deberá reajustarse la garantía definitiva, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de 15 días naturales (1057) contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación.

– La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca, y su contenido deberá precisar:

- Su alcance, límites y naturaleza.
- Las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva.
- El procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación.
- La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por éstos.

En tales supuestos, aunque el artículo 206 de la LCSP no se refiere expresamente a este tipo de modificaciones incluidas en los pliegos sino solamente a las previstas a tenor del artículo 205, la modificación será obligatoria para el contratista que no podrá solicitar la resolución del contrato (1058).

3. *Otras modificaciones*

El artículo 205 de la LCSP introduce una completa modificación respecto de lo que se establecía en el artículo 107 del TRLCSP que se refería, exclusivamente, a las modificaciones que no hubieran sido incluidas en los pliegos o en el anuncio de licitación.

Frente a dicho ámbito de aplicación objetivo, el nuevo artículo 205 se refiere tanto a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas

(1056) Véanse Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre y 5/2007, de 4 de octubre, e Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre.

(1057) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».

(1058) Véase, entre otros, Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.

administrativas particulares, por corresponder a prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles, o modificaciones no sustanciales, como a las previstas en los mismos pero que no se ajustaran a lo establecido en el ya analizado artículo 204 de la LCSP.

Para estos supuestos, será necesario, igual que se preveía en el artículo 107.2 del TRLCSP, que la modificación se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria (1059), pero, a diferencia de este precepto que establecía como límite que la modificación no podría alterar las «*condiciones esenciales del contrato*», ahora el artículo 205.2 de la LCSP requiere que se justifique en base a alguna de las causas siguientes:

1. Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

– Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico (por ejemplo porque obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas), o por generar inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación (en ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista).

– Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme al artículo 205 de la LCSP, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Del mismo modo que ya se ha hecho referencia en esta obra a propósito de las modificaciones previstas en los pliegos, cuando la modificación afectara a alguno de los lotes que es la regla general para todos los contratos excepto para el contrato de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3 en relación con el artículo 13.3 de la LCSP, hay que recordar que el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato,

(1059) Aunque globalmente la reforma operada por la LCSP responde a otro esquema normativo, véase en este particular la Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, e Informe JCCA número 73/2011, de 1 de marzo de 2012, sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos.



cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato. Desde este punto de vista, a juicio de los autores de esta obra, resultará que, salvo que se considere que existe un solo contrato por expresa disposición del pliego o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, la mencionada limitación ha de entenderse aplicable en relación al lote que corresponda (1060).

2. Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las condiciones siguientes:

- Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
- Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Del mismo modo que se acaba de hacer referencia a propósito de las modificaciones no previstas en los pliegos y debidas a la necesidad de llevar a cabo prestaciones adicionales, cuando la modificación afectara a alguno de los lotes que es la regla general para todos los contratos excepto para el contrato de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3 en relación con el artículo 13.3 de la LCSP, hay que recordar que el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato. Desde este punto de vista, a juicio de los autores de esta obra, resultará que, salvo que se considere que existe un solo contrato por expresa disposición del pliego o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, la mencionada limitación ha de entenderse aplicable en relación al lote que corresponda (1061).

Respecto de este supuesto, a juicio de los autores de esta obra, resulta obligada hacer referencia a los casos de «*fuera mayor*» y «*caso fortui-*

(1060) Véanse Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre y 5/2007, de 4 de octubre, e Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre.

(1061) Véanse Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre y 5/2007, de 4 de octubre, e Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre.



to» que pueden ocasionar que sea imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos:

– A estos efectos, debe entenderse por «*fuera mayor*» no lo previsto en la definición dada en el artículo 239 de la LCSP, que lo refiera a supuestos muy concretos (1062), sino lo indicado en el artículo 1.105 del Código Civil, según el cual la fuerza mayor viene definida como «*acontecimientos imprevisibles, o que previstos fueran inevitables*» (1063).

– En cuanto al concepto de «*caso fortuito*» es preciso indicar que presupone la no concurrencia de actividad humana, de modo que se evita la responsabilidad porque no existe conducta voluntaria cuando el daño ha sido causado como consecuencia de acontecimientos extraordinarios, en cuya previsión resultaría vano todo esfuerzo humano (1064).

Ahora bien, se trata de una cuestión que habrá de valorarse caso a caso en relación a la posible participación humana y a la diferenciación entre un supuesto de «*fuera mayor*» o de «*caso fortuito*» (1065).

3. Cuando las modificaciones no sean sustanciales, siempre que se justifique su necesidad, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. Una modificación se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio.

En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

– Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da este supuesto, cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente,

(1062) Incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes, y destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

(1063) Véanse Circular de la Abogacía del Estado número 1/2011, Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos, e Informe JCCA número 73/2011, de 1 de marzo de 2012.

(1064) Entre otras, SSTS 11 mayo 1983, 23 junio 1990 y 5 febrero y 7 octubre 1991.

(1065) Por todas, STS de 11 mayo 1983, de 6 abril 1987, de 23 junio 1990 y de 1 junio 1996 (Si el daño se pudiera haber evitado utilizando las facultades normales de previsión de un hombre medio, no se actuó de forma diligente existiendo responsabilidad en el causante del mismo): Por todas, STS de 26 junio 2000 (Si la evitación del daño hubiese exigido emplear facultades que exceden a las normales de previsión de un hombre medio, concurrirá un supuesto de caso fortuito y, por tanto, no habrá responsabilidad).

más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

– Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da este supuesto, cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

Del mismo modo que se acaba de hacer referencia a propósito de las modificaciones no previstas en los pliegos y debidas a la necesidad de llevarla a cabo por circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, cuando la modificación afectara a alguno de los lotes que es la regla general para todos los contratos excepto para el contrato de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3 en relación con el artículo 13.3 de la LCSP, hay que recordar que el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato. Desde este punto de vista, a juicio de los autores de esta obra, resultará que, salvo que se considere que existe un solo contrato por expresa disposición del pliego o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, la mencionada limitación ha de entenderse aplicable en relación al lote que corresponda (1066).

– Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso se considerará que se da este supuesto, cuando concurra algunos de los siguientes casos:

- Cuando con el valor de la modificación se supere el umbral previsto para los contratos sujetos a regulación armonizada (arts. 20 a 23 de la LCSP).

- Cuando, para el contrato de obras, el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido.

- Cuando, para los demás contratos, el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 10 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido.

(1066) Véanse Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre y 5/2007, de 4 de octubre, e Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre.

En este sentido, el artículo 301.2 de la LCSP dispone que en el contrato de suministros en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.

- Cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

Como ya se ha señalado a propósito del cálculo de los diferentes límites porcentuales aplicables tanto a las modificaciones que procediera llevar acabo a tenor de los artículos 204 y 205 de la LCSP, cuando la modificación afectara a alguno de los lotes que es la regla general para todos los contratos excepto para el contrato de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3 en relación con el artículo 13.3 de la LCSP, hay que recordar que el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el pliego que rija el contrato, cada lote constituirá un contrato, salvo en casos en que se presenten ofertas integradoras, en los que todas las ofertas constituirán un contrato. Desde este punto de vista, a juicio de los autores de esta obra, resultará que, salvo que se considere que existe un solo contrato por expresa disposición del pliego o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, la mencionada limitación ha de entenderse aplicable en relación al lote que corresponda (1067).

Finalmente el artículo 206 de la LCSP introduce una condición más para reconocer el carácter obligatorio de la modificación que pudiera haber sido acordada a tenor del artículo 205, estableciendo que será preciso que no impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

En este porcentaje cabe reiterar lo ya reiteradamente señalado en cuanto a la posible consideración, a tenor del artículo 99.7 de la LCSP, de cada lote como un contrato (1068).

En caso contrario y salvo que exista conformidad por escrito del contratista, el artículo 206.2 de la LCSP dispone que procederá acordar la resolución del contrato, a tenor del artículo 211.1.g), porque, a pesar de darse las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones

(1067) Véanse Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre y 5/2007, de 4 de octubre, e Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre.

(1068) Véase nota anterior.



impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del IVA. Resulta curioso observar como esta causa de resolución hace referencia a dicho límite «*en más o en menos*» cuando, sin embargo, el artículo 206.1 se refiere solamente a que el precio inicial del contrato, IVA excluido, haya sido superado, al emplear la expresión «*una alteración en su cuantía que no exceda*».

4. *Modificaciones de contratos basados en un acuerdo marco*

El artículo 222 de la LCSP, de forma parcialmente análoga a lo que establecía el TRLCSP que preveía, en el inciso final del artículo 198.1, solamente la posibilidad de introducir modificaciones no sustanciales (1069) en los contratos basados en un acuerdo marco, establece una remisión a la reglas generales de modificación de los contratos, es decir, a lo previsto en los artículos 203 a 207 de la LCSP y al artículo 47 bis de la LGP, pero introduciendo una serie de puntualizaciones en esta materia:

1. Las modificaciones de los acuerdos marco y los contratos basados ha de respetar las premisas propias de toda modificación contractual:

– Han de fundamentarse en razones de interés público, en los casos y en la forma previstos en la LCSP, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, y con las particularidades previstas en el artículo 207 de la LCSP, sin perjuicio de los supuestos previstos en la misma respecto a la sucesión en la persona del contratista (art. 98), cesión del contrato (arts. 214 a 217), revisión de precios (arts. 103 a 105) y ampliación del plazo de ejecución del contrato (arts. 29 y 195) (1070).

– Han de efectuarse durante la vigencia del acuerdo marco y de los contratos basados (art. 219 de la LCSP), cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condi-

(1069) Este concepto jurídico, a juicio de los autores de esta obra, ha de interpretarse en función de lo previsto en el artículo 107 del TRLCSP que, para el caso de que las modificaciones no estuviesen previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, señalaba que, aparte de responder a alguna de las causas tasadas del apartado 1, no podría alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, entendiéndose por tales, a tenor de los apartados 3.a), c) y e), los casos en los que se varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada [letra a)], cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas [letra c)], y cuando pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas [letra e)].

(1070) Artículo 203.1 de la LCSP.



ciones establecidos en el artículo 204 de la LCSP, cuando, sin haberse previsto en el mismo, se cumplan las condiciones que establece el artículo 205 de la LCSP, o cuando concurren las especiales circunstancias presupuestarias a que se refiere el artículo 47 bis de la LGP (1071).

Respecto a la vigencia del acuerdo marco, la fecha relevante para entender que se ha cumplido este requisito será, o bien la del envío a los adjudicatarios del acuerdo marco de las invitaciones para participar en la licitación [art. 221.4.b) de la LCSP], o bien la de la adjudicación del contrato basado, si para celebrar los contratos basados no es necesario realizar una nueva licitación [art. 221.3 y 4.a) de la LCSP].

Por lo que se refiere a los contratos basados, la duración de éstos será independiente de la duración del acuerdo marco, y se regirá por lo previsto en el artículo 29 de la LCSP (1072), relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, y en los pliegos reguladores del acuerdo marco.

2. La cláusula de modificación incluida en los pliegos, a tenor de lo previsto en el artículo 204 de la LCSP, deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca, y su contenido deberá precisar su alcance, límites y naturaleza, de modo que permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas, las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma referidas a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva, el procedimiento a utilizar, así como el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación.

No ha de quedar alterada la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera la misma cuando se sustituyan las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifique el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra,

(1071) Se trata de la adición de un nuevo artículo, con vigencia de carácter indefinida, incluido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. El citado precepto establece, con vigencia desde el 1 de enero de 2013, que cuando en una obligación plurianual derivada de un contrato, formalizado de conformidad con el ordenamiento jurídico, y de la que derivasen compromisos de gastos de carácter plurianual, no fuese posible, excepcionalmente, autorizar créditos suficientes para afrontar las obligaciones en alguno de los ejercicios posteriores, el órgano competente para aprobar y comprometer el gasto estará obligado a comunicar tal circunstancia al tercero, tan pronto como se tenga conocimiento de ello, para que siempre que lo permitan las disponibilidades de los créditos, se acuerde la modificación del contrato dando lugar a la reprogramación de las obligaciones asumidas por cada parte, con el consiguiente reajuste de anualidades, ajustándolo a las nuevas circunstancias. De no resultar posible la modificación señalada, se acordará la resolución del contrato siguiendo el procedimiento establecido en las correspondientes normas, y fijando las compensaciones que, en su caso, procedan.

(1072) Véase Apartado 7 de esta Segunda Parte de la obra.



suministro o servicio puntual. En este sentido, el artículo 222.2 de la LCSP establece que, cuando la modificación se hubiese previsto en los pliegos de un acuerdo marco, podrán sustituirse los bienes adjudicados con las siguientes condiciones:

– A propuesta de los adjudicatarios, los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por ciento el inicial de adjudicación, IVA excluido (1073), salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares hubiese establecido otro límite.

– A iniciativa del órgano de contratación y con la conformidad del suministrador, o a instancia de éste, se podrán incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que su precio no exceda del límite del 10 por ciento el inicial de adjudicación, IVA excluido (1074).

No ha de suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

No ha de superarse el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido (1075). En el caso del acuerdo marco, el párrafo segundo del artículo 222.1 de la LCSP matiza, de acuerdo con el límite previsto para las modificaciones previstas en los pliegos en el artículo 204.1 párrafo primero de la LCSP, establece que los precios unitarios resultantes de la modificación no podrán superar en un 20 por ciento a los precios iniciales anteriores a la modificación y, en ningún caso, podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos.

Dicho límite se aplicará por cada lote puesto que, salvo que se considere que existe un solo contrato por expresa disposición del pliego o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes cada uno de ellos constituirá un contrato.

(1073) Aunque el artículo 222.2 de la LCSP no lo especifica como tampoco lo hace el artículo 204.1, a juicio de los autores de esta obra, ha de referirse, en concordancia con el artículo 205.2.a) 2.º y con el artículo 109.3 de la LCSP, al precio inicial del contrato, IVA excluido.

(1074) Aunque el artículo 222.2 de la LCSP no lo especifica como tampoco lo hace el artículo 204.1, a juicio de los autores de esta obra, ha de referirse, en concordancia con el artículo 205.2.a) 2.º y con el artículo 109.3 de la LCSP, al precio inicial del contrato, IVA excluido.

(1075) Aunque el artículo 204.1 párrafo primero de la LCSP no lo especifica, a juicio de los autores de esta obra, ha de referirse, en concordancia con el artículo 205.2.a) 2.º y con el artículo 109.3 de la LCSP, al precio inicial del contrato, IVA excluido.



En cualquier caso, a tenor del artículo 109.3 de la LCSP, cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio final ofertado, deberá reajustarse la garantía definitiva, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de 15 días naturales (1076) contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación.

Cuando se cumplan las condiciones señaladas en el artículo 204 de la LCSP, aunque el artículo 206 de la LCSP no se refiere expresamente a este tipo de modificaciones incluidas en los pliegos sino solamente a las previstas a tenor del artículo 205, la modificación será obligatoria para el contratista que no podrá solicitar la resolución del contrato (1077).

3. Si la modificación no pudo preverse en los pliegos por tratarse de prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles, o modificaciones no sustanciales o, aún habiendo sido prevista en los mismos no se cumplieran las condiciones a que se refiere el artículo 204 de la LCSP, el artículo 205 establece lo siguiente:

– Las modificaciones se limitarán a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesaria (1078).

– Deberá justificarse cada una de las causas que la legitiman de la siguiente manera:

- Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, será necesario que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico o por generar inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación, y que la modificación no supere, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme al artículo 205 de la LCSP, el 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Dicho límite se aplicará por cada lote puesto que, salvo que se considere que existe un solo contrato por expresa disposición del pliego o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes cada uno de ellos constituirá un contrato.

(1076) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.

(1077) Véase, entre otros, Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.

(1078) Aunque globalmente la reforma operada por la LCSP responde a otro esquema normativo, véase en este particular la Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, e Informe JCCA número 73/2011, de 1 de marzo de 2012, sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos.

- Cuando la necesidad de modificar se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever (1079), que no se altere la naturaleza global del contrato, y que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Dicho límite se aplicará por cada lote puesto que, salvo que se considere que existe un solo contrato por expresa disposición del pliego o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes cada uno de ellos constituirá un contrato.

- Cuando las modificaciones no sean sustanciales, siempre que se justifique su necesidad, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

El inciso final del párrafo primero del artículo 222.1 de la LCSP dispone que «*En todo caso, no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco*». Ello da idea de que el Legislador considera, con buen criterio a juicio de los autores de esta obra, que la modificación de un contrato basado ha de considerarse una modificación al margen de lo previsto en los pliegos del acuerdo marco y, por lo tanto, ha de conllevar el respeto del contrato realmente celebrado al amparo del acuerdo marco.

(1079) Respecto de este supuesto, a juicio de los autores de esta obra, resulta obligada hacer referencia a los casos de «*fuerza mayor*» y «*caso fortuito*» que pueden ocasionar que sea imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos: A estos efectos, debe entenderse por «*fuerza mayor*» no lo previsto en la definición dada en el artículo 239 de la LCSP, que lo refiere a supuestos muy concretos, sino lo indicado en el artículo 1.105 del Código Civil, según el cual la fuerza mayor viene definida como «*acontecimientos imprevisibles, o que previstos fueran inevitables*» (Véanse Circular de la Abogacía del Estado número 1/2011, Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos, e Informe JCCA número 73/2011, de 1 de marzo de 2012). En cuanto al concepto de «*caso fortuito*» es preciso indicar que presupone la no concurrencia de actividad humana, de modo que se evita la responsabilidad porque no existe conducta voluntaria cuando el daño ha sido causado como consecuencia de acontecimientos extraordinarios, en cuya previsión resultaría vano todo esfuerzo humano (Entre otras, SSTS 11 mayo 1983, 23 junio 1990 y 5 febrero y 7 octubre 1991). Ahora bien, se trata de una cuestión que habrá de valorarse caso a caso en relación a la posible participación humana y a la diferenciación entre un supuesto de «*fuerza mayor*» o de «*caso fortuito*» [Por todas, STS de 11 mayo 1983, de 6 abril 1987, de 23 junio 1990 y de 1 junio 1996 (Si el daño se pudiera haber evitado utilizando las facultades normales de previsión de un hombre medio, no se actuó de forma diligente existiendo responsabilidad en el causante del mismo): Por todas, STS de 26 junio 2000 (Si la evitación del daño hubiese exigido emplear facultades que exceden a las normales de previsión de un hombre medio, concurrirá un supuesto de caso fortuito y, por tanto, no habrá responsabilidad)].



Una modificación se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio por alguna de las siguientes circunstancias:

- Porque introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

- Porque altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial (introducción de unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato).

- Porque se amplíe de forma importante el ámbito del contrato:

o Cuando con el valor de la modificación se supere el umbral previsto para los contratos sujetos a regulación armonizada (arts. 20 a 23 de la LCSP).

o Cuando, para el contrato de obras, el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido.

o Cuando, para los demás contratos, el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 10 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido.

o Cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

Para que la modificación del contrato sea obligatoria para el contratista, el artículo 206 de la LCSP dispone que será preciso que no implique, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. En caso contrario y salvo que exista conformidad por escrito del contratista, el apartado 2 del mencionado precepto dispone que procederá acordar la resolución del contrato, a tenor del artículo 211.1.g), y a la sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en la LCSP, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 213.6 de la LCSP respecto de la obligación del contratista de adoptar las medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

La referencia a los límites porcentuales sobre el precio inicial del contrato, IVA excluido, ha de entenderse hecha a cada lote puesto que, salvo que se considere que existe un solo contrato por expresa disposición del pliego o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes cada uno de ellos constituirá un contrato.



e) ESPECIFICIDADES APLICABLES A CIERTOS CONTRATOS

1. *Contrato de obras*

El artículo 242 de la LCSP recoge, como ya hacía el artículo 234 del TRLCSP, la modificación del contrato de obras, manteniendo en parte la regulación anterior pero también introduciendo algunas novedades.

Respecto al TRLCSP, se mantienen los siguientes aspectos:

1. Se declaran obligatorias para el contratista las modificaciones que se acuerden a tenor de lo previsto en el artículo 206 de la LCSP, es decir, aquellas que no impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. Como ya se ha señalado, si se supera este límite, será preciso contar con la conformidad por escrito del contratista ya que, de lo contrario, debería procederse a resolver el contrato y substanciar, en su caso, una nueva licitación.

En caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

2. Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos previstos en la LCSP, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con la redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma, con la audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de 3 días naturales (1080), y con la aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

El apartado 4 del artículo 242 de la LCSP ha suprimido la referencia, que sí se contenía en el artículo 234.3 del TRLCSP, en el sentido de que el expediente de la modificación se tramitaría por el procedimiento de urgencia.

Por lo que se refiere a las novedades que se introducen en el artículo 242 de la LCSP, cabe señalar las siguientes:

1. Introduce los siguientes supuestos que no tendrán la consideración de modificaciones contractuales:

(1080) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».



– El exceso en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, como ya se recogía en el artículo 234 del TRLCSP, pero puntualizando lo siguiente:

- Que dicha variación se ha de producir durante la correcta ejecución de la obra.
- Que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido (1081).

Respecto de su financiación, en el caso de contratos plurianuales, se aplicará con cargo a la retención adicional de crédito de 10 por ciento del importe de la adjudicación que se efectuará en el momento en que ésta se realice (1082).

- Que dicho exceso será recogido en la certificación final de la obra.

– La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en la LCSP y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.

2. Se establece que cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, y no sea necesario realizar una nueva licitación, bien porque no se supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, bien porque se haya llegado a un acuerdo por escrito con el contratista, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de 3 días hábiles. Cuando el contratista no los aceptase, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211.1.h) de la LCSP.

3. Cuando la modificación contemple unidades de obra que hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, antes de efectuar la medición parcial de las mismas, deberá comunicarse a la Intervención de la Administración correspondiente, con una antelación mínima de 5 días naturales (1083), para que, si lo considera oportuno, pueda acudir a dicho acto

(1081) El artículo 242.4.i) de la LCSP solamente habla de «del precio del contrato inicial». A juicio de los autores de esta obra, dicha referencia ha de entenderse realizada, en concordancia con los artículos 242.5, 205.2.a) 2.º y 109.3 de la LCSP, al precio inicial del contrato, IVA excluido.

(1082) Modifica con efectos de 1 de enero de 2011 y vigencia indefinida el artículo 47 de la LGP por la disposición final novena, uno de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado de 2011.

(1083) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».



en el ejercicio de las funciones de comprobación material de la inversión, y ello, sin perjuicio de que, una vez terminadas las obras, deba efectuar la recepción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243.1, en relación con el artículo 210.2 de la LCSP.

3. Cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total (1084) de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

El expediente de continuación provisional a tramitar al efecto exigirá, como ya se señalaba en el artículo 234.4 del TRLCSP, propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figure el importe aproximado de la modificación, la descripción básica de las obras a realizar, el trámite de audiencia del contratista, la conformidad del órgano de contratación, y el certificado de existencia de crédito (1085), pero además, a tenor del artículo 242.5 de la LCSP, deberá contar con la siguiente documentación:

– Con la acreditativa que justifique que la modificación del contrato de obras se encuentra en uno de los supuestos previstos en el artículo 203.2 de la LCSP, es decir, que estaba prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204 de la LCSP, o cuando, sin haberse previsto en los mismos, se cumplan las condiciones que establece el artículo 205 de la LCSP. Fuera de los casos señalados, como ya se ha señalado, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en la LCSP, sin perjuicio de lo dis-

(1084) A juicio de los autores de esta obra, debería suprimirse esta término, que se mantiene respecto de la redacción que se efectuaba en el artículo 234 del TRLCSP («suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras»), pero que en su actual redacción («suspensión temporal total de la ejecución de las obras») nada añade para el sentido de la regulación de la continuación provisional de la ejecución de las obras,

(1085) El antepenúltimo párrafo del artículo 242.5 de la LCSP dispone lo siguiente: «La autorización del Ministro para iniciar provisionalmente las obras, que, en su caso, únicamente podrá ser objeto de delegación en los Secretarios de Estado del Departamento Ministerial, implicará en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación de la modificación del contrato».

puesto en el artículo 213.6 de la LCSP respecto de la obligación del contratista de adoptar las medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

– Con el Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos, en el caso de que en la propuesta técnica motivada se introdujeran precios nuevos. El informe deberá motivar la adecuación de los nuevos precios a los precios generales del mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 102.3 de la LCSP que establece que en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios.

– En cuanto a los plazos de aprobación técnica del proyecto y del expediente de modificación, que se mantienen respectivamente en 6 y 8 meses, sin embargo el artículo 242.5 de la LCSP especifica que se tomará como *dies a quo* el día en el que se adoptó el acuerdo de autorización de la continuación provisional de las obras.

Dentro del citado plazo de 8 meses se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, y serán objeto de certificación y abono en los términos previstos en la LCSP con la singularidad de que las certificaciones a expedir durante la tramitación del expediente modificado que comprendan unidades no previstas en el proyecto inicial tomarán como referencia los precios que figuren en la propuesta técnica motivada, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta provisionales sujetos a las rectificaciones y variaciones que puedan resultar una vez se apruebe el proyecto modificado, todo ello, sin perjuicio de las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden.

2. *Contrato de concesión de obras*

El artículo 255 de la LCSP, siguiendo la misma línea que se recogía en el artículo 243 del TRLCSP, señala de manera muy semejante a lo que establece el artículo 203.1 de la LCSP que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el proyecto por razones de interés público (1086) [art. 261.1.b) de la LCSP], en los casos y en la forma previstos en la LCSP, es decir, a tenor de lo establecido en la Subsección 4.^a «*Modificación de los contratos*», Sección 3.^a

(1086) Véase Informe JCCA número 50/2003, de 12 de marzo de 2004.



«Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», Capítulo I. *«De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas»*, Título I. *«Disposiciones generales»*, Libro Segundo *«de los contratos de las Administraciones Públicas»* (1087).

La LCSP determina claramente que una modificación del proyecto tendrá efecto el incremento o la disminución de los costes incluidos en el plan económico-financiero de la concesión (inciso final del artículo 255). Por este motivo, resultará necesario, en su caso, proceder a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias (art. 262), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 270. Este artículo recoge en su apartado 3, como novedad respecto de lo que se preveía en el artículo 258 del TRLCSP, que, dentro de las medidas para restablecer el equilibrio económico del contrato, se podrá modificar la retribución a abonar por la Administración concedente.

3. *Contrato de concesión de servicios*

El artículo 290 de la LCSP regula de modo muy similar a lo que se acaba de señalar para el contrato de concesión de obras la modificación que puede afectar a un contratos de concesión de servicios:

1. Porque realiza una remisión a lo dispuesto en la Subsección 4.^a *«Modificación de los contratos»*, Sección 3.^a *«Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos»*, Capítulo I. *«De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas»*, Título I. *«Disposiciones generales»*, Libro Segundo *«de los contratos de las Administraciones Públicas»* (1088).

2. Porque cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera

(1087) A tenor de lo previsto en la disposición adicional vigésima segunda.1 párrafo segundo de la LCSP, una vez que se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, siguiendo el criterio recogido por la STJUE 196/08 (Caso ACOSSET) y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008, se establece que la modificación se regirá por el citado régimen jurídico general relativo a la modificación de los contratos.

(1088) A tenor de lo previsto en la disposición adicional vigésima segunda.1 párrafo segundo de la LCSP, una vez que se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, siguiendo el criterio recogido por la STJUE 196/08 (Caso ACOSSET) y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008, se establece que la modificación se regirá por el citado régimen jurídico general relativo a la modificación de los contratos.

que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.

Este artículo 290.5 de la LCSP recoge, como se hace en el artículo 270.3 para el contrato de concesión de obras, que, dentro de las medidas para restablecer el equilibrio económico del contrato, se podrá modificar la retribución a abonar por la Administración concedente.

Sin embargo en el apartado 6 del mencionado artículo 290 de la LCSP, se introduce la posibilidad de que el concesionario pudiera optar por desistir del contrato cuando le resulte extraordinariamente oneroso por la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato, o por la obligación de incorporar a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato, que represente, al menos, un incremento neto anualizado de los costes del 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar. Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

f) PROCEDIMIENTO

El artículo 207 de la LCSP recoge el mismo contenido que se contemplaba en el artículo 108 del TRLCSP en cuanto que resulta necesario que se proceda a la instrucción del correspondiente expediente de modificación contractual.

En el caso de que se hubiera previsto en los pliegos (art. 204 de la LCSP), habrá que estarse a lo previsto en éstos.

Ahora bien, en el caso de que la modificación no hubiera sido prevista en los pliegos o si habiéndose previsto no concurrieran las condiciones previstas en el artículo 204 (art. 205 de la LCSP), el apartado 2 del artículo 207 reitera el contenido del artículo 108.2 del TRLCSP estableciendo que será necesario que, con carácter previo, se deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hu-



biesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

Sorprende, a juicio de los autores de esta obra, que se mantenga la concreción de que la audiencia se haya de dirigirse, precisamente, al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, cuando la redacción del artículo 107.1.a) del TRLCSP no se ha mantenido en el artículo 205 de la LCSP. Este artículo se refiere a prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles, o modificaciones no sustanciales, por lo que, de *lege ferenda*, el artículo 207.2 de la LCSP ha de entenderse referido a una remisión genérica a la necesidad de efectuar el trámite de audiencia en el sentido en el que se expresa el artículo 191.1 de la LCSP cuando, en sede de prerrogativas administrativas, dispone que «*En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo anterior, deberá darse audiencia al contratista*».

El artículo 191.2 y 3.b) de la LCAP disponen lo siguiente:

– Sera necesario informe previo del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 (Constitución, reposición y reajuste de garantías) y 195 (Resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos) de la LCSP, en la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal.

– Será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva para las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

El artículo 207.3 de la LCSP introduce las siguientes obligaciones en relación a los principios de publicidad y transparencia:

– Serán publicados en el DOUE los anuncios de modificación de contratos que estuvieran sometidos a regulación armonizada y que se fundamentaran en prestaciones adicionales y en circunstancias imprevisibles, salvo cuando se tratara de contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el Anexo IV de la LCSP.

– Además, deberán publicarse todas las modificaciones, acompañadas de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de



contratación, en el perfil de contratante de los órganos de contratación en el plazo de 5 días naturales (1089) desde la aprobación de las mismas.

Para finalizar, es preciso comentar que, aparte de los no pocos problemas que puede conllevar la modificación del contrato, resulta insuficiente el plazo de tres meses establecido en el artículo 21.3.a) de la LPACAP, que, ante la ausencia de uno específico, resulta aplicable, a tenor de lo previsto en la disposición final cuarta.1.

G. Suspensión contractual

El artículo 208.1 de la LCSP, igual que se establecía en el artículo 220 del TRLCSP, establece lo siguiente:

– Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por una demora en el pago por tiempo superior a 4 meses a tenor de lo previsto en el artículo 198.5 de la LCSP, se extenderá un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel.

Por lo tanto, cabe señalar, a juicio de los autores de esta obra, que, salvo en el caso indicado al amparo del artículo 198.5, no resultará posible que la suspensión se acuerde a instancia del contratista (1090).

– Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.

Es precisamente en este segundo aspecto, donde el apartado 2 del mencionado artículo 208 ha introducido las siguientes reglas para el cálculo de la indemnización que proceda:

– Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá:

- Si se acredita fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, las indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión, los gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión, y los alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre

(1089) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».

(1090) Véase Informe JCCA número 40/2008, de 29 de enero de 2009.



que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.

- En todo caso, una indemnización equivalente al 3 por ciento del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato, y los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.

- Solo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud.

- El derecho a reclamar prescribe en un año contados desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato.

H. Extinción contractual

El sistema previsto en la LCSP respecto al régimen de extinción contractual, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

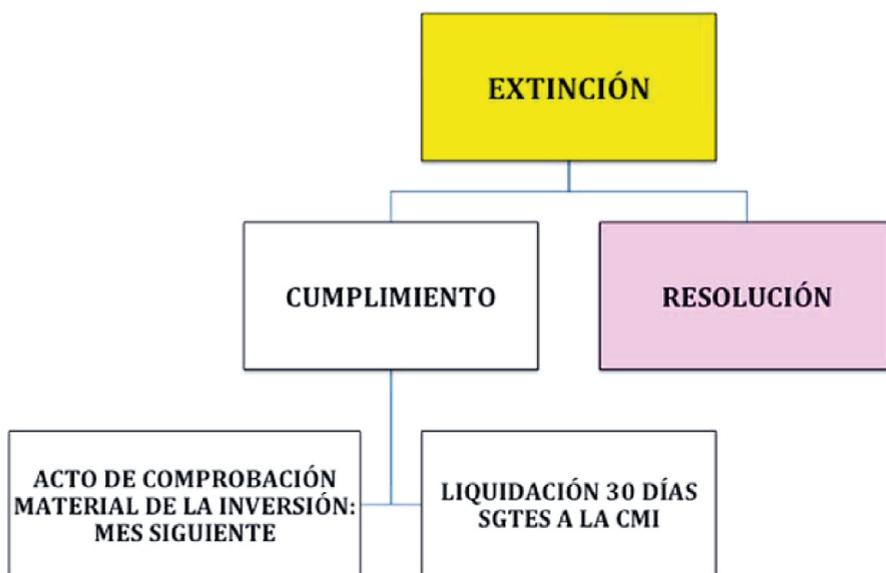


Gráfico número 24



a) CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

1. *Regulación general*

El artículo 209 de la LCSP reitera lo que se establecía en el artículo 221 del TRLCSP que, muy escuetamente, señala que los contratos se extinguirán por su cumplimiento o por resolución (1091).

El cumplimiento del contrato es la forma normal de extinción del contrato administrativo, en virtud del cual el objeto del contrato llega a ejecutarse en su integridad (1092) por parte del contratista y a satisfacción de la Administración, de acuerdo con las condiciones obligacionales que se previeron en los pliegos y en el contrato (1093). No obstante, aunque sería posible que no todo el contenido obligacional puede derivarse de dichos documentos, sin embargo es preciso señalar que el hecho de que determinados documentos acompañen a los pliegos o al contrato no supondrá necesariamente que de los mismos surjan obligaciones para el contratista. Para apreciar o no esta circunstancia, resultará necesario analizar caso a caso, por ejemplo, en orden a reconocer o no la obligación de pago por parte del órgano de contratación o la posible presencia de un enriquecimiento injusto por parte de éste (1094).

(1091) La extinción del contrato de concesión de obras tiene unas características especiales que se describen en el artículo 283.1 y 2 de la LCSP cuando dispone lo siguiente:

«1. El concesionario quedará obligado a hacer entrega a la Administración concedente, en buen estado de conservación y uso, de las obras incluidas en la concesión, así como de los bienes e instalaciones necesarios para su explotación y de los bienes e instalaciones incluidos en la zona de explotación comercial, si la hubiera, de acuerdo con lo establecido en el contrato, todo lo cual quedará reflejado en el acta de recepción.»

«Cuando se proceda al término de la concesión a la entrega de bienes e instalaciones al órgano de contratación, se levantará un acta de recepción formal. El levantamiento de este acta y su contenido se ajustarán a lo establecido en el artículo 243 de esta Ley.»

2. No obstante, los pliegos podrán prever que, a la extinción de la concesión, estas obras, bienes e instalaciones, o algunos de ellos, deban ser demolidos por el concesionario, reponiendo los bienes sobre los que se asientan al estado en que se encontraban antes de su construcción.»

(1092) Frente a este supuesto se han producido controversias con determinados contratistas que entendían que, si restaba por ejecutar una parte marginal respecto de la totalidad del objeto contractual, no debería procederse a instar la resolución del contrato. Sobre este asunto, véase Dictamen número 1252/2009 (Fomento), de 23 de julio, sobre *«resolución del contrato de obra: “Nuevo acceso al Aeropuerto de Burgos. Provincia: Burgos”*», en el que señala que *«no es óbice para sostener esta conclusión, como pretende la sociedad interesada, la escasa cuantía de los trabajos no ejecutados, dado que», ... «el contrato ha de entenderse cumplido cuando se haya realizado a satisfacción de la Administración “la totalidad de su objeto”, de manera que, hasta entonces, la extinción del mismo puede producirse por resolución».*

(1093) En el artículo 210.1 de la LCSP se expresa que *«El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación».*

(1094) En ciertos supuestos puede suceder que el órgano de contratación provoque un comportamiento que no se ajustare estrictamente a la legalidad aplicable pero que hubiese consumado una situación que, si la Administración no cargare con los gastos generados en base a alegar la invalidez por ella provocada, daría lugar a una situación de enriquecimiento injusto en su favor (STSJ de Galicia de 3 de marzo de 2011 en la que se planteó una situación en la que un contratista siguió realizando estudios de anatomía patológica en base a un contrato que, aunque no



El artículo 210 de la LCSP se ocupa del cumplimiento de los contratos, efectuando una regulación coincidente con la que se establecía en el artículo 222 del TRLCSP, salvo, como a continuación se analizará, en lo relativo al inicio del cómputo del plazo para abonar el saldo de liquidación del contrato cuando la factura se presentara pasada la fecha del acta de recepción o conformidad.

Antes de entrar en el comentario del artículo 210, es preciso recordar que, a juicio de los autores de esta obra, el artículo 94.1 y 2 del RGTRLCAP, que se mantiene vigente en cuanto no se opone al contenido de la LCSP, establece que lo siguiente:

«1. La ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá

admitir prórroga, contemplaba una cláusula en virtud de la cual se indicaba que *«en el caso de que no se produjera la prórroga, el adjudicatario se compromete a seguir prestando el servicio con los mismos ratios de calidad hasta que se solvente la cobertura del mismo»*; STS de 12 enero 2012, en la que analiza el problema de una cartografía que incurría en errores lo que determinó la necesidad de subsanación que le fue ordenada al contratista por la Demarcación de costas; SAN de 24 de febrero de 2014 (celebrado por ADIF para la infraestructura del AVE Madrid-Barcelona), en la que el citado Tribunal señala que el documento que se anexaba a los PPTS, denominado *«Plan Marco»* y en el que se establecía la genérica obligación de que el contratista asumía el gasto generado por *«la supresión de trenes, trasbordos o cualquier otro gasto ocasionado a la circulación ferroviaria»*, no permitía que éste debiera sufragar el servicio alternativo de transporte de viajeros por autobuses. Por dicho motivo, el Tribunal reconoce el derecho del contratista al cobro de dichos gastos al margen del contenido obligacional derivado del propio contrato y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte de la Administración contratante).

Pues bien, a pesar de que una situación como la descrita ocasionaría las consecuencias anulatorias correspondientes, sin embargo también ha de determinar que sea adecuado acudir a la doctrina relativa a la proscripción del enriquecimiento injusto (SSTS de 18 de julio del 2003, de 6 de febrero del 2004, y de 16 de diciembre del 2007) como elemento determinante de la subsistencia de una residual obligación indemnizatoria por parte de aquella Administración ya que, si no fuera así, la misma se beneficiaría en caso de su impago de su propio comportamiento administrativo-procedimental desviado, defraudando la confianza legítima y la buena fe siquiera iniciales. Para ello, debe recordarse que aunque la doctrina del enriquecimiento injusto es de origen civil, sin embargo su inequívoca aplicación en el específico ámbito del Derecho Administrativo, requiere la concurrencia acumulativa de los siguientes requisitos (SSTS de 16 de abril de 2002, de 23 de junio de 2003, de 18 de junio de 2004 y de 11 de julio de 2005):

- El aumento del patrimonio del enriquecido y correlativo empobrecimiento de la parte actora.
- La concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante.
- La ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento.
- La inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de la citada doctrina.

Véase, por su interés y porque afectó a un importante contrato de obras (celebrado por ADIF para la infraestructura del AVE Madrid-Barcelona), SAN de 24 de febrero de 2014 en la que el citado Tribunal señala que el documento que se anexaba a los PPTS, denominado *«Plan Marco»* y en el que se establecía la genérica obligación de que el contratista asumía el gasto generado por *«la supresión de trenes, trasbordos o cualquier otro gasto ocasionado a la circulación ferroviaria»*, no permitía que éste debiera sufragar el servicio alternativo de transporte de viajeros por autobuses. Por dicho motivo, el Tribunal reconoce el derecho del contratista al cobro de dichos gastos al margen del contenido obligacional derivado del propio contrato y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte de la Administración contratante.



dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.

2. Los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa.»

De acuerdo con él y directamente relacionado con las prerrogativas a las cuales se acaba de hacer referencia, es preciso recordar que la premisa fundamental en virtud de la cual se realizará el seguimiento de la ejecución del contrato pasa porque, ineludiblemente, en los pliegos se haga referencia al modo concreto en que el órgano de contratación supervisará dicha actuación (1095).

Entrando en el análisis del artículo 210 de la LCSP, es preciso señalar lo siguiente:

– El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación.

– El cumplimiento del contrato no puede quedar a criterio de cualquiera de las partes. Por ello, una vez que el objeto del contrato se haya ejecutado por el contratista, es preciso que se lleve a cabo la recepción o el acto de comprobación material de la inversión por medio del cual se procederá a constatar que lo ejecutado se corresponde fielmente con lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas, en los PPTS y en el contrato (1096).

(1095) Así se puso de manifiesto en la Resolución de 28 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2009 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas.

(1096) En las Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, señala, respecto de la obligatoriedad de proceder al acto de comprobación material de la inversión, que *«Tal y como ya puso de manifiesto este Tribunal de Cuentas en el Informe de Fiscalización de la contratación del Sector público estatal correspondiente al ejercicio 2004, el INSS, en aplicación de un criterio establecido por la Intervención General de la Seguridad Social (IGSS) en su Instrucción 1/1998, de 5 de mayo, continúa la práctica de no solicitar la designación de representante de la Intervención para asistir a la recepción de los contratos de servicios, por entender que su objeto no es un bien tangible y material, práctica que, además de poder resultar contraria a lo dispuesto en el artículo 110 del TRLCAP, conduce al resultado de que la realización de este concreto procedimiento de control interno desempeñado por la Intervención queda, por la vía de hecho, a expensas del criterio y de la decisión del propio órgano controlado, lo que no parece razonable. En este sentido, cabe citar el contrato cuyo objeto fueron los servicios de organización y ejecución de reuniones con responsables de atención al ciudadano, en cuya Acta de recepción consta expresamente la conformidad con el servicio prestado, una vez «...efectuada una revisión detallada de la realización de los servicios objeto de este contrato...», lo que contrasta por su incongruencia con el reiterado argumento de la «falta de materialidad» alegado por el INSS, al amparo de la citada Instrucción 1/1998 de la IGSS, para justificar la omisión de la comunicación a la Intervención para su asistencia potestativa al acto de recepción».*

Por ello, en todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características. A la Intervención de la Administración correspondiente (1097) le será comunicado, cuando ello sea preceptivo (1098), la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión. Si la recepción se efectuase pasado el mencionado plazo de un mes y la demora fuese imputable a la Administración, el contratista tendrá derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que la demora le irrogue (1099).

A partir de la recepción de conformidad del objeto del contrato, comenzará a contar, como se analizará más adelante en esta obra, el plazo de garantía del contrato, salvo en aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario (1100), lo que deberá justificarse debidamente en los pliegos de cláusulas administrativas. Una vez que haya transcurrido el citado plazo sin objeciones por parte de la Adminis-

(1097) Esta función corresponde al órgano de control interno correspondiente. En la Administración General del Estado esta función corresponde a la IGAE, a través de sus servicios centrales o de sus Intervenciones Delegadas, en el ámbito del Ministerio de Defensa, a la Intervención General de la Defensa, y en la Seguridad Social, a la Intervención General de la Seguridad Social, ambas dependientes funcionalmente, a estos efectos, de la Intervención General de la Administración del Estado (art. 143 de la LGP).

(1098) En la Administración General del Estado, véanse el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado, y las Resoluciones de la IGAE de 14 de julio 2015, de desarrollo de la función interventora en el ámbito de la comprobación material de la inversión, y de 7 de julio 2015, por la que se aprueba los procedimientos de solicitud por vía telemática de representante para los actos de comprobación material de la inversión, las comunicaciones y los modelos normalizados de solicitud.

En dichas normas se prevé lo siguiente en relación a los importes de las recepciones:

1. Importe inferior 300.506,05 euros, IVA excluido: Solicitud obligatoria y asistencia facultativa para inversiones de importe igual o superior a 50.000 euros.

Por debajo de dicho importe o en caso de que el Interventor no decidiese asistir, la comprobación de la inversión se justificará con el acta de conformidad firmada por quienes participaron en la misma o con una certificación expedida por el Jefe del centro directivo, dependencia u organismo a que corresponda recibir o aceptar la prestación o servicio, en la que se expresará, con el detalle necesario, la circunstancia de haberse ejecutado la prestación o servicio con arreglo a las condiciones generales y particulares que hubieran sido previamente establecidas.

2. Importe igual o superior a 300.506,05 euros, IVA excluido: Solicitud y asistencia obligatoria:

- En territorio nacional a partir de 300.506,05 euros, IVA excluido.
- En países de Europa a partir de 601.012,10 euros, IVA excluido.
- En resto del mundo, a partir de 1.202.024.20 euros, IVA excluido.

(1099) Artículo 107 del RGTRLCAP.

(1100) Se exceptúan del plazo de garantía aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario, lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación, consignándolo expresamente en el pliego. En el artículo 243.4 de la LCSP se dispone que *«No obstante, en aquellas obras cuya perduración no tenga finalidad práctica como las de sondeos y prospecciones que hayan resultado infructuosas o que por su naturaleza exijan trabajos que excedan el concepto de mera conservación como los de dragados no se exigirá plazo de garantía»*.



tración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo en esta Ley o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista.

Excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 243 de la LCSP, dentro del plazo de 30 días naturales (1101) a contar desde la fecha del acta de recepción o conformidad, deberá acordarse en su caso y cuando la naturaleza del contrato lo exija, y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato, y abonársele, en su caso, el saldo resultante.

No obstante, si la Administración Pública recibe la factura con posterioridad a la fecha en que tiene lugar dicha recepción, el citado plazo se contará desde su correcta presentación por el contratista en el registro correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente en materia de factura electrónica (1102).

Si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

En el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante el pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado (1103), el abono de los pagos periódicos no supondrá, en ningún caso, que el órgano de contratación haya aceptado que la prestación ha sido realizada de conformidad con las disposiciones legales y con los documentos contractuales aplicables.

Por último señalar que, en principio y en base a consideraciones de seguridad jurídica, no sería posible que habiéndose efectuado de conformidad la recepción de un contrato se instase acto seguido su resolución por incumplimiento de alguna obligación contractual esencial. No obstante, lo que sí podría realizarse sería, siempre que el contrato no se hubiese liquidado, incluir el crédito a favor de la Administración a efectos de su compensación en el momento de pago, y, si el saldo de éste no resultase suficiente, abonarlo con cargo a la garantía definitiva (1104).

(1101) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».*

(1102) La factura electrónica fue puesta en marcha a partir del 15 de enero de 2015 por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, y que tiene por finalidad que el registro contable de facturas sea un instrumento clave para la mejora en los procedimientos contables, a través del control contable riguroso de las facturas recibidas por las Administraciones, a efectos de lograr una mayor confianza en las cuentas públicas y de mejorar el control de la morosidad en las Administraciones públicas.

(1103) Artículo 198.2 párrafo primero de la LCSP.

(1104) Sobre este particular véase el Dictamen del Consejo de Estado número 843/2009 (Interior), de 9 de julio, sobre *«Resolución del contrato relativo al «Proyecto de Ejecución y Estudios de Seguridad y Salud para obras de reparación de fachadas y varios en la Jefatura Superior*



2. Reglas especiales

En el Título II del Libro Segundo de la LCSP se contemplan algunas reglas específicas que resultan solamente aplicables a la especial naturaleza de los contratos de obras, de concesión de obras, de concesión de servicios y de suministro:

– Contrato de obras:

En relación al contrato de obras, la cuestión clave reside en el juego conjunto que pueden protagonizar las figuras de la recepción total o, en su

de Policía de Galicia (A Coruña)» y la incautación de la garantía definitiva a la empresa....., motivada por su incumplimiento de la obligación de pago del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras», en el que analiza la improcedencia de acordar la resolución de un contrato que, una vez recepcionado de conformidad por la Administración, la Administración tributaria notifica al contratante que el contratista «no se encontraba al corriente en el pago del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras necesario para la ejecución de la obra». No obstante, por su especial interés, se acompaña la siguiente síntesis del citado Dictamen: «La doctrina del Consejo de Estado es constante en esta materia y así se expone, por citar algunos casos en el dictamen 159/2005, de 7 de abril, en el expediente de resolución de contrato tramitado por el Ayuntamiento de Los Santos de la Humosa: “En el asunto consultado las obras han sido recibidas de conformidad por la Administración local, sin que en el acta se consignara deficiencia alguna por parte de los representantes de ésta o de la Dirección facultativa (punto cuarto de antecedentes). En consecuencia, el contrato se ha de considerar cumplido por parte del contratista, sin que ahora sea posible la resolución pretendida por el Ayuntamiento por causa de incumplimiento (...) Basta reiterar que, recibido el contrato de conformidad, la Administración local no puede luego resolverlo por incumplimiento del contratista” y se razona: “Por otra parte, no puede aducirse frente a lo anterior la existencia de una situación de incumplimiento. Pues, ha de tenerse en cuenta que el acta de recepción se levantó a la vista del grado de cumplimiento de la contratista y por considerarse que los trabajos se encontraban en condiciones de ser recibidos”. En el mismo sentido cabe la cita de los Véase por su interés Dictámenes 1.276/2005, de 29 de septiembre, en el expediente relativo a la resolución del contrato para la realización de la asistencia técnica para el deslinde en Torreveja, y 1.248/99, de 10 de junio, recaído en el expediente relativo a la resolución del contrato de obras celebrado con..... para la construcción de campamento público de turismo de Alcántara.

Son, sin duda, consideraciones de seguridad jurídica las que determinan que le esté vedado a la Administración pública resolver un contrato por incumplimiento del contratista tras la recepción de conformidad de las obras ejecutadas y así lo ha sostenido el Consejo de Estado en sus Dictámenes 1.274/2005, de 29 de septiembre, 1.248/99, de 10 de junio, 1.276/2005, de 29 de septiembre, 179/2004, de 11 de marzo, 2.510/2004, de 14 de octubre, 3.062/98, de 10 de septiembre, y 654/2004, de 27 de mayo, entre otros. En el supuesto sometido a consulta resulta evidente que la recepción de las obras se firmó el 15 de abril de 2008, sin objeción ni reserva por parte de la Administración.

Por estas razones, estima el Consejo de Estado que no procede acordar la resolución del contrato. Tampoco procede, por tanto, analizar si el incumplimiento del contratista ha de ser calificado como culpable o la obligación como esencial, aunque lo cierto es que el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de febrero de 1998, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, entiende lo siguiente: “Al ser el impuesto sobre construcciones requisito necesario para la ejecución de la obra, ninguna duda puede existir de que su pago corresponde a la demandante, como licitadora y adjudicataria de la obra, bajo tales condiciones y es indiferente que el tributo existiese coetáneamente o se crease con posterioridad a la adjudicación, ya que los términos del Pliego de Condiciones son omnicomprensivos, es decir, se refieren a todos los tributos, sean impuestos o tasas...”.

Sin embargo, y en cuanto el contrato no se ha liquidado, procede incluir como crédito de la Administración frente al contratista el importe del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, compensándose, en su caso y en la correspondiente cuantía, dicho importe con el saldo que le corresponde. Si dicho saldo fuere insuficiente, no existe inconveniente en aplicar la garantía definitiva en la cuantía que corresponda a la satisfacción del pago del impuesto en el momento de la liquidación. Por aplicación de los artículos 147 y siguientes de la Ley y el 169 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, una vez transcurrido el plazo de garantía se procederá a la liquidación del contrato de obras y la fijación del saldo resultante, previa notificación al contratista.»



caso, parcial y de la liquidación final de las mismas, pues de ellas dependerá el correcto funcionamiento del pago del contrato, con la liquidación de los intereses que procedan, así como la extinción de la garantía definitiva que responde de la correcta ejecución del contrato.

Los artículos 243 y 244 de la LCSP establecen, de forma sustancialmente coincidente con lo que se disponía en los artículos 235 y 236 del TRLCSP, las reglas especiales aplicables al cumplimiento de los contratos de obras.

En la línea continuista a que acaba de hacerse referencia, el cumplimiento del contrato de obras se regirá por las siguientes reglas:

- Podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato.

Al acto de comprobación material de la inversión, a que se refiere el artículo 210.2 de la LCSP, concurrirán un facultativo designado por la Administración representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo. Si las obras se encontraran en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el facultativo designado por la Administración representante de ésta las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía. Por el contrario, si no se hallaren en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y el facultativo encargado de la dirección de las obras señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

Cuando por razones excepcionales de interés público, debidamente motivadas en el expediente, el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurren dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de comprobación material de la inversión. En relación a esta cuestión, aunque la doctrina no ha adoptado una postura unánime (1105), sin embargo puede concluirse que la apreciación o no de la existencia de una recepción tácita es una materia que deberá atender siempre a las concretas circunstancias de cada caso y, por ello, será una cuestión ínti-

(1105) El propio Tribunal Supremo, en STS de 24 de mayo de 2012, ha reconocido esta gran disparidad de criterios ya que, en unos casos, se había entendido que la inmediata puesta en servicio era equivalente a un acto de recepción tácita de las obras, mientras que en otras se le denegaba dicha naturaleza jurídica.

mamente relacionada con la apreciación de la prueba que realice el tribunal de instancia competente (1106).

Dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato. El párrafo tercero del artículo 243.1 de la LCSP introduce la única novedad en esta materia al señalar que, cuando se tratara de obras cuyo valor estimado supere los 12 millones de euros en las que las operaciones de liquidación y medición fueran especialmente complejas, los pliegos podrán prever que dicho plazo pueda ser ampliado hasta un máximo de 5 meses.

- El plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a 1 año salvo casos especiales.

Dentro del plazo de 15 días naturales (1107) anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si este fuera favorable, el contratista quedará exonerado de toda responsabilidad, salvo lo dispuesto en el caso de responsabilidad por vicios ocultos (art. 244 de la LCSP), procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de 60 días naturales (1108). En el caso de que el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía.

- El contratista responderá, durante un plazo de 15 años desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas, si la obra se arruina o sufre deterioros graves incompatibles con su función a pesar de que hubiese expirado el plazo de garantía. Transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida cualquier responsabilidad del contratista.

(1106) Véanse las SSTS de 8 de mayo de 2008 y de 7 de julio de 2011.

(1107) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.

(1108) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.



En caso de que la obra sufriera daños materiales por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad de la construcción, la acción para exigir dicha responsabilidad prescribirá en el plazo de 2 años a contar desde que se produzcan o se manifiesten dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.

Para finalizar, a juicio de los autores de esta obra, procede realizar estas dos consideraciones:

– Debe tenerse presente que la liquidación final de la obra, con ser extremadamente trascendente pues constituye el trámite de verificación de la ejecución de la obra en los términos y condiciones acordadas y el paso obligado para el abono del precio o contraprestación, no determina por sí misma la extinción de la relación jurídica contractual. Junto a ella, pero de manera autónoma y sin sometimiento a su régimen de plazos y oportunidades, perviven otras reclamaciones económicas que pueden ser planteadas por el contratista como, por ejemplo, la reclamación de daños y perjuicios o la acción para reclamar los intereses de demora de la revisión de precios, que se mantendrán vigentes en tanto no se extinga definitivamente la relación jurídica contractual con la devolución de las garantías prestadas o su ejecución, según cada caso.

Como consecuencia de lo expresado, no resulta adecuado considerar que cualquier reclamación del contratista ha de ser rechazada por extemporánea, al haber prestado la empresa contratista recurrente su conformidad con la liquidación final de la obra, sin hacer reserva de su posible derecho a reclamar por dicho concepto (1109).

– En el mismo orden de cosas, es preciso comentar la falta de encaje normativo que, en general, tienen las llamadas «*Cláusulas de Reserva de Derechos*» y por ello, a juicio de los autores de esta obra, las escasas posibilidades que existen de que las reclamaciones formuladas por el contratista en base a ellas puedan llegar a tener éxito (1110). En este sentido, es

(1109) Véase la STS de 22 de mayo de 2012.

(1110) Dictamen del Consejo de Estado número 503/2013, de 20 de junio. Se trataba de un contrato de obras adjudicado y formalizado en 2007 (de 32 meses de duración) sobre el que luego recayeron dos modificaciones posteriores y respecto al que se extendió acta de comprobación del replanteo sin hacer constar ninguna objeción. Las obras concluyeron el 21 de diciembre de 2010, extendiéndose el acta de recepción el 9 de marzo de 2011. Casi 10 meses después de la recepción, la representación de la contratista solicitó una importante indemnización en concepto de daños y perjuicios que dice sufridos por diversos sobrecostos soportados con ocasión de las obras. Señala que no pudo incluirse en el acta de comprobación del replanteo la enumeración de las muchas incidencias que posteriormente se producirían en el desarrollo del contrato, resultando además que en la relación valorada de la certificación final no se recogieron conceptos que debían abonarse, por lo cual se incluyó expresamente en la certificación final de la obra (de 13 de abril de 2011, después del acta de recepción, de 9 de marzo de 2011) una «*reserva*» escrita referente a la posibilidad de

preciso señalar que la introducción de ciertos párrafos genéricos en documentos que se generan en momentos claves del contrato (1111) (principalmente ligados, en general, al acta de recepción y al acta de liquidación del contrato, y, en el caso del contrato de obras, al acta de comprobación del replanteo), dejando pasar el momento procesal oportuno para haber motivado su reclamación, tienen escasas posibilidades, por no decir nulas, de lograr que en base a las mismas pueda sustentarse la petición realizada por el contratista para reclamar a la Administración contratante la satisfacción de los daños y perjuicios que, a su juicio, se le hubiesen irrogado durante la ejecución del contrato. En consecuencia, se estimará incongruente la invocación que pudiera realizar el contratista que, debiendo haber hecho en el plazo hábil reglamentario una relación circunstanciada y detallada de las objeciones u observaciones que tenía, no lo hizo, sin que se pueda plantear con posterioridad amparándose en una genérica e imprecisa referencia.

– Contrato de concesión de obras:

El artículo 251 de la LCSP dispone que los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de concesión de obras se regularán por la LCSP, excluidos, en general, los artículos 208 y 210, e incluidos, para la fase de construcción, los artículos 192.2, 193 y 195.

– Contrato de concesión de servicios:

Los artículos 291, 292 y 293 de la LCSP regulan de manera bastante parecida a como lo hacían los artículos 283, 284 y 285 del TRLCSP las reglas especiales aplicables a este contrato en relación a los siguientes aspectos:

- La reversión del servicio a la Administración contratante a la finalización del plazo de concesión, deberá hacerse por el contratista con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

Sin embargo, en los artículos 291.3 y 312.c) de la LCSP, se precisa, como novedad, que para la concesión de servicios que conlleve la presta-

solicitar a la Administración contratante el reconocimiento y abono de dichos conceptos, que son los que integran este expediente indemnizatorio y entre los que se incluyen costes directos, costes indirectos y gastos generales.

(1111) Serían párrafos del tipo «*El contratista muestra su conformidad con la medición general practicada y la valoración económica dimanante de la misma pero quiere dejar de manifiesto su reserva respecto a la posibilidad de solicitar a la Administración contratante el reconocimiento de otros conceptos que no pueden ser incluidos en la misma*» (El subrayado es de los autores de esta obra).



ción de servicios públicos (con la necesidad de establecer su régimen jurídico y, entre otras cuestiones, los aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio, lo que se viene a denominar su «*publicatio*», en consonancia con lo previsto en la Directiva 2014/23/UE que no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos), que los bienes afectos a la concesión que vayan a revertir a la Administración no podrán ser objeto de embargo.

- En caso de falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares, si no procediese la resolución del contrato o no la solicitase el concesionario, éste tendrá derecho al interés de demora de las cantidades o valores económicos que aquellos signifiquen, de conformidad con lo establecido en el artículo 198 de la LCSP.

- Cuando la concesión de servicios recayera sobre un servicio público, si por cualquier causa el concesionario incumpliera sus obligaciones ocasionando una perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio, se podrán adoptar estas medidas:

- La Administración podrá acordar el secuestro o intervención del servicio en los términos establecidos en el artículo 263 de la LCSP. En todo caso, el concesionario deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

- En cualquier caso, resultará de aplicación el régimen de penalidades establecidas en el artículo 264 de la LCSP respecto de la concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de la concesión de servicios.

- Contrato de suministro:

Los artículos 304 y 305 de la LCSP repiten el contenido literal que se establecía en los artículos 297 y 298 del TRLCSP disponiendo lo siguiente:

- Salvo pacto en contrario, los gastos de la entrega y transporte de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista.

- Si los bienes no se hallan en estado de ser recibidos se hará constar así en el acta de recepción y se darán las instrucciones precisas al contratista para que subsane los defectos observados o proceda a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado.

- Si durante el plazo de garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos en los bienes suministrados tendrá derecho la Administración a reclamar del contratista la reposición de los que resulten inadecuados o la reparación de los mismos si fuese suficiente.



- Si el órgano de contratación estimase, durante el plazo de garantía, que los bienes suministrados no son aptos para el fin pretendido, como consecuencia de los vicios o defectos observados en ellos e imputables al contratista y exista la presunción de que la reposición o reparación de dichos bienes no serán bastantes para lograr aquel fin, podrá, antes de expirar dicho plazo, rechazar los bienes dejándolos de cuenta del contratista y quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho.
- Durante este plazo de garantía tendrá derecho el contratista a conocer y ser oído sobre la aplicación de los bienes suministrados.
- Terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado reparos, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de los bienes suministrados.

b) RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

1. *Introducción*

Cuando se habla de la resolución de un contrato se está haciendo referencia a la concurrencia de alguna causa, distinta al cumplimiento del contrato, pero que origina su extinción (1112).

De acuerdo con lo señalado, no procederá la resolución cuando el contrato se hubiera cumplido pero la Administración entendiese que el contratista debe indemnizarle por los daños y perjuicios ocasionados (1113), o cuando, por ejemplo, no haya llegado a formalizarse cuando ello sea obligatorio ya que, de ser así, el contrato sería inexistente.

Entre las causas de resolución contractual se pueden distinguir tres orígenes diversos. Por un lado, las que las partes, en virtud del principio de libertad contractual, hubieran decidido incluir en los pliegos de cláusulas administrativas siempre y cuando no resultaran contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (1114), por otro, las previstas en la LCSP, bien como causas genéricas aplicables a los contratos administrativos o como causas específicamente aplicables a cada tipo de contrato, y, por último, la causa prevista en el

(1112) El Consejo de Estado en su Dictamen de 21 de abril de 1983 señalaba que se trata de «un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto».

(1113) Por ejemplo, en caso de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso previsto en el artículo 192 de la LCSP.

(1114) Artículo 34.1 de la LCSP.



artículo 47 bis de la LGP (1115) para cuando en una obligación plurianual, derivada de un contrato, formalizado de conformidad con el ordenamiento jurídico y de la que derivasen compromisos de gastos de carácter plurianual (1116), no fuese posible, excepcionalmente, autorizar créditos suficientes para afrontar las obligaciones en alguno de los ejercicios posteriores y no fuese posible la reprogramación de las obligaciones asumidas por cada parte, con el consiguiente reajuste de anualidades (1117).

2. Causas generales

Dentro de este apartado se va a hacer referencia a las causas de aplicación transversal a los contratos administrativos, por expresa voluntad de la LCSP.

Desde un primer momento hay que dejar claro estas dos premisas:

1. La resolución de un contrato administrativo, a tenor del artículo 212.1 de la LCSP, es una facultad exclusiva del órgano de contratación que será debida a la tramitación del correspondiente expediente administrativo, que, como es habitual en el Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (1118), podrá iniciarse a instancia del contratista o de oficio por la propia Administración.

No obstante, cuando la causa de resolución obedeciera al impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor, solamente se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista, excepto cuando los trabajadores afectados por el impago fueran trabajadores en los que

(1115) Disposición final 14.4 de Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

(1116) En el último párrafo del citado artículo 47 bis de la LGP señala, con carácter especial, que *«En aquellos supuestos en los que la obligación de la Hacienda Pública estuviera condicionada, en el propio negocio o acto jurídico del que derive, a la existencia de crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Estado de cada uno de los ejercicios para los que se comprometió, el órgano administrativo, con carácter previo a acordar la resolución de la relación jurídica, valorará el presupuesto de gastos autorizado y el grado de ejecución del objeto del negocio, a fin de considerar soluciones alternativas antes de que opere la condición resolutoria, para lo cual deberá notificar de forma fehaciente al tercero tal circunstancia»*.

(1117) Disposición final 14.4 de Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Como ya se ha anticipado, existe una causa más de resolución contractual que sin embargo no se encuentra integrada en la LCSP. Ello representa, a juicio de los autores de esta obra, una importante quiebra del principio de seguridad jurídica máxime cuando introduce una causa absolutamente desconocida desde el punto de vista de la hermenéutica tradicional del ámbito presupuestario en la cual, si se celebraba un contrato plurianual, uno de los requisitos es que contara para asumir el compromiso de gasto con la imprescindible financiación en cada uno de los ejercicios a los que se extendía la ejecución del mismo.

(1118) Artículo 54 de la LPACAP.



procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 de la LCSP y el importe de los salarios adeudados superara el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato.

2. En la declaración de resolución contractual la Administración habrá de precisar sus efectos. Esta precisión será especialmente observada, a tenor del artículo 213.5 de la LCSP, en lo relativo al pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

En el caso de que la resolución fuera instada por el contratista, el artículo 212.7 de la LCSP puntualiza que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará generalmente, como se va a señalar a continuación, el derecho del contratista a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado y solamente dará lugar a la misma en los casos previstos en la LCSP. Por ello, en general, no procederá la resolución del contrato sino que el contratista ostentará los siguientes derechos:

– Al pago, a tenor del artículo 213.2 de la LCSP que reitera el contenido del artículo 225.2 del TRLCSP, de los daños y perjuicios que se le hubieran irrogado.

– Al abono, al amparo del artículo 213.4 de la LCSP, de una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, cuando la resolución se acuerde por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados porque no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 de la LCSP, o cuando, dándose las premisas generales de toda modificación a tenor del artículo 203, las mismas impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, salvo que la causa sea imputable al contratista o éste rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 203 de la LCSP.

Cuando, de acuerdo con lo previsto en la LCSP, procediera la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración resultará necesario, a juicio de los autores de esta obra, que el mismo fuera grave, de manera que se hiciera imposible la ejecución del contrato o se pusiera en peligro el equilibrio financiero de la relación contractual. En este caso, la LCSP confiere al contratista la posibilidad de oponerse a continuar con la ejecución del contrato (1119). En este caso, la Administración acordará

(1119) Por ejemplo, el artículo 198.5 de la LCSP, en el caso de demora en el pago del precio, establece que *«Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley»*.

la suspensión del contrato levantando acta, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en que se encuentra su ejecución, y procederá a abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste (1120). Si se produjeran suspensiones sucesivas acordadas por parte de la Administración, a juicio de los autores de esta obra, deberían acumularse las mismas con la finalidad de evitar que ésta pudiera fraudulentamente evitar el pago de las indemnizaciones debidas (1121).

En el supuesto de que la resolución sea instada por la Administración y ésta finalmente se declare por incumplimiento culpable del contratista, el artículo 213.3 de la LCSP introduce la precisión, que ya se derivaba del juego de las responsabilidades de las que responde la garantía definitiva o complementaria a tenor del artículo 110.d) de la LCSP, de que le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Entrando a analizar las causas de resolución contempladas en la LCSP, es preciso indicar que el artículo 211 recoge las mismas que se especificaban en el artículo 223 del TRLCSP, si bien introduce en algunas de ellas las novedades a las que a continuación se va a hacer referencia.

Por tanto, las causas generales de resolución de los contratos administrativos son las siguientes:

1. La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, salvo que la Administración decida continuar con la ejecución del contrato con sus herederos o sucesores (1122), o con el representante del con-

(1120) Artículo 208 de la LCSP. Véase Informe JCCA número 40/2008, de 29 de enero de 2009.

(1121) Véase las SSTs de 11 de mayo de 2012 y de 1 de octubre de 2014, en la que señala que, para que pueda hablarse propiamente de pretensión indemnizatoria, han de concurrir los siguientes requisitos, sin que sea suficiente con alegar un aumento de los costes indirectos, en base al artículo 130 del RGTRLCAP, cuantificándolos en base a la contabilidad del contratista cuando no se ha probado la elevación de los costes directos, ni reclamar el abono del lucro cesante, ni el concepto de gastos generales:

– Que se trate de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa.

Esto significa que cualquier reclamación deducida por el contratista con esa finalidad tendrá que singularizar los desembolsos efectivamente realizados a causa de la suspensión, y habrá de hacerlo describiendo el personal y demás elementos materiales que necesariamente han tenido que quedar adscritos y dedicados en exclusiva a la suspensión, ofreciendo prueba, con suficientes garantías de objetividad, que demuestre que el personal y los elementos así descritos estuvieron efectivamente adscritos al contrato suspendido y no fueron utilizados en otras actividades distintas por el contratista, y aportando la documentación que, directamente referidas a tales elementos, ponga de manifiesto el montante de su costo.

– Por aplicación de las reglas de la carga de la prueba, incumbe al contratista probar y justificar debidamente lo anterior.

(1122) Artículo 212.3 de la LCSP.

tratista incapaz (1123) en las mismas condiciones pactadas con el contratista fallecido o incapacitado, o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista (1124), sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 de la LCSP, relativo a la sucesión del contratista.

En el caso de que la Administración inste la resolución del contrato al no aceptar la continuación del contrato, no habrá lugar a indemnizar a los herederos o sucesores o al representante del contratista incapaz por el contrato pendiente de ejecutar (1125).

2. La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento (1126).

3. El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista (1127). El artículo 213.1 de la LCSP dispone, al igual que lo hacía el artículo 225.1 del TRLCSP, que, en este caso, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas.

4. La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. En relación a esta causa en el artículo 211.d) de la LCSP desaparece la relativa al incumplimiento del plazo de inicio de la ejecución del contrato cuando se hubiese declarado la tramitación de urgencia del expediente de contratación, que se recogía en el artículo 112.2.c) del TRLCSP. Más que una modificación se trata de una nueva manera de expresar dicha causa de resolución, pues ahora se señala que serán causa de resolución la demora en el cumplimiento por parte del contratista, siendo uno de ellos, precisamente, el previsto en el artículo 119.2.c) de la LCSP que establece que «*El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá exceder de un mes, contado desde la formalización*».

Sin embargo, en el párrafo segundo del artículo 211.1.d) de la LCSP, se introduce la novedad de señalar que será causa de resolución, en todo caso, el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

Respecto a esta causa de resolución del contrato por demora del contratista, a juicio de los autores de esta obra, es preciso que la Administración hubiese descartado la posibilidad de mantenerse solamente en la es-

(1123) Artículo 110.1 del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra, mantiene su vigencia en tanto no se pone al contenido de la LCSP.

(1124) Véase Informe de la de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya número 7/2012, de 7 de junio.

(1125) Artículo 110.2 del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra, mantiene su vigencia en tanto no se pone al contenido de la LCSP.

(1126) Véase la doctrina del Consejo de Estado que parte del Dictamen número 1368/1992, de 26 de noviembre.

(1127) Véanse, entre otros, Dictámenes del Consejo de Estado números 54371/1990, de 25 de enero y 1368/1992, de 26 de noviembre.



fera de la sucesiva imposición de penalidades, a tenor del artículo 194 de la LCSP, y hubiese decidido instar la misma, al amparo del artículo 212.6 de la LCSP, porque las penalidades alcanzasen el 5 por ciento del precio del contrato, IVA excluido. En relación a esta decisión, debe señalarse que la Administración debería instar directamente la resolución del contrato cuando se hubiera producido un incumplimiento del plazo total del contrato (1128), mientras que debería optar por la imposición de penalidades en caso de incumplimiento de los plazos parciales del contrato, llegando a instar la resolución del contrato en el caso de que la demora hiciera presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total de ejecución del contrato.

5. La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el artículo 198.6 o el inferior que se hubiese fijado al amparo del artículo 198.8 de la LCSP.

6. El incumplimiento de la obligación principal del contrato (1129) y de las restantes obligaciones esenciales (1130) siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo (1131).

En relación a esta causa, se adiciona que para su aplicación será preciso que la obligación principal del contrato y las restantes obligaciones esenciales no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (art. 34.1 de la LCSP), y que figuraran enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

7. La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. En relación a esta causa, se señala que ello será así cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 de la LCSP, o cuando, dándose las premisas generales de toda modificación a tenor del artículo 203, las mismas impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

8. Se introduce la nueva causa de resolución consistente en el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el in-

(1128) Véase Dictamen del Consejo de Estado número 1979/2009 (Defensa), de 21 de diciembre, sobre resolución del contrato de «*Suministro de 12 Sealing Assembly con destino a la Fragata «Victoria»*», expediente de contratación número 705/08.

(1129) Véase el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León número 1541/2011, de 22 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León, en base a una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS de 10 de marzo de 1999 y de 14 de diciembre de 2001).

(1130) Véase Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón número 20/2011, de 12 de septiembre.

(1131) Véase el Dictamen del Consejo de Estado número 843/2009 (Interior), de 9 de julio.



cumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor.

Para la aplicación de las causas de resolución que se acaban de enumerar, la LCSP establece, en los artículos 211.2 y 212, las siguientes reglas:

1. En los casos en que concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo (art. 211.2 de la LCSP) (1132).

La resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

Resulta bastante habitual que, en los contados casos en los que a los órganos de contratación no les queda más remedio que iniciar el procedimiento de resolución contractual por las dificultades que ello ocasiona de todo tipo (desde el punto de vista jurídico, presupuestario y contable), se sientan inclinados a impulsar el proceso instando la resolución por mutuo acuerdo con el contratista. Con ser comprensible la postura señalada, sin embargo, como ya se ha señalado, no resulta acorde con lo previsto en la LCSP que exige la aplicación del siguiente orden de prelación:

– En caso de concurrencia de más de una causa, se aplicará aquella que haya aparecido primero desde el punto de vista cronológico (1133).

(1132) Véase STS de 9 de enero de 2012 que indica que «*En el contrato de autos existían dos causas de resolución, que producían efectos económicos distintos, la paralización de las obras por período superior a ocho meses y la modificación del proyecto inicial en un porcentaje superior al 20%. La primera causa de resolución en el tiempo fue la paralización de las obras, por lo que debió de aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido primero desde el punto de vista cronológico, por lo que procede estimar la anterior alegación*».

(1133) Sobre este asunto, véase el Dictamen del Consejo de Estado en el expediente 1464/2009 (Interior), sobre resolución del contrato de obras de rehabilitación del cuartel de la Guardia Civil en Vélez-Málaga (Málaga), adjudicado a la firma comercial....., por un importe de 286.468,19 euros, fecha de aprobación 15 de octubre de 2009, en la que concluye que «*En repetidas ocasiones ha indicado este Alto Cuerpo Consultivo que cuando concurren varias causas de resolución de los contratos administrativos se ha de atender a la primera en el tiempo (entre otros muchos, cabe citar el Dictamen de 18 de diciembre de 2008, número 1.843/2008)*». Se trataba de un contrato en el que la dirección de las obras instó a la sociedad contratista para la correcta ejecución del contrato requerimiento que ésta desatendió abandonando las obras sin terminar y sin vigilancia. Posteriormente, la contratista fue declarada en concurso voluntario mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil instando el ingeniero director la resolución contractual por ésta última causa. El Consejo de Estado razona que, a la hora de comprobar cuál es la causa de resolución prioritaria en el tiempo, resulta irrelevante el hecho de que la dirección de las obras se dirigiese al órgano de contratación solicitando la extinción del contrato con pérdida de la fianza cuando la mercantil interesada ya había sido declarada en concurso, pues lo determinante es que los incumplimientos en que se funda tal solicitud, los cuales fueron comunicados en su momento a dicha entidad con advertencia de la prerrogativa resolutoria, se produjeron antes de la declaración concursal. En consecuencia, lo primero que hay que subrayar al respecto es que, de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se



– La regla señalada en el párrafo anterior, no resultará aplicable a la causa de resolución por mutuo acuerdo que, en todo caso, podrá ser instada en último lugar independientemente del momento en que se haya alcanzado. De no hacerlo así, el órgano de contratación estaría vulnerando la LCSP al entrar indebidamente en una fase de acuerdo entre las partes cuando, al concurrir otra causa, seguramente habría de aplicar las indemnizaciones por daños y perjuicios que fueran procedentes a favor de la Administración.

2. Será preciso que se instruya el correspondiente procedimiento de resolución contractual, habiéndose establecido una plazo especial de caducidad de ocho meses (1134).

3. Solamente darán lugar a la resolución del contrato las motivadas por la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento, la imposibilidad de modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 de la LCSP, o, a tenor de la novedad introducida en el artículo 211.1.d) párrafo segundo de la LCSP, el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

Desaparece la referencia que se hacía en el artículo 224.2 de la LCSP a la causa de resolución consistente en que, en caso de concurso, se hubiera procedido a efectuar la apertura de la fase de liquidación (1135). En su lugar, el artículo 212.5 de la LCSP dispone que en caso de declaración en concurso, la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, siempre y cuando el contratista-

hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el Dictamen 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que «*cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo*» (el subrayado es de los autores de esta obra).

Más recientemente, véase la STS de 26 de marzo de 2012.

(1134) Por fin, la LCSP se ha hecho eco del sentir expresado en la STS de 13 marzo 2008 y, muy especialmente, el Dictamen incluido en la *Memoria del Consejo de Estado de 2008*, Segunda Parte: Observaciones y sugerencias, Epígrafe IX. La caducidad en el procedimiento de resolución contractual, págs. 219-237, Madrid 2009, en el que concluye que «*este Consejo de Estado sugiere que es conveniente regular por norma reglamentaria de desarrollo de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público la caducidad del procedimiento de resolución de los contratos, evitando la aplicación automática del instituto de la caducidad tal y como está regulada la misma en la Ley 30/1992, de manera que se atienda adecuadamente a los intereses públicos, especialmente cuando hayan quedado suspendidas o sin terminar*».

(1135) Sobre la aplicación del concurso como causa de resolución contractual es muy interesante consultar el Dictamen del Consejo de Estado número 62/2010 (Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino), de 18 de febrero, sobre resolución del contrato suscrito por la Confederación Hidrográfica del Guadiana y la empresa....., para el «*Acondicionamiento y urbanización de caminos de titularidad de la Confederación Hidrográfica del Guadiana*», en el que señala que, salvo que se haya declarado la apertura de la fase de liquidación en caso de concurso del contratista, no cabe que el concurso se aprecie de modo automático sino que requiere de un estudio caso por caso.



ta prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución, como garantía complementaria de al menos un 5 por ciento del precio del contrato, IVA excluido (1136), o como constitución de un depósito de una cantidad (1137) en concepto de fianza que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista.

En el resto de casos, serán potestativas para la Administración (1138) y para el contratista las modificaciones no previstas en el contrato cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. Solamente podrán instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma.

4. El artículo 213.6 de la LCSP recoge, como lo hacía el artículo 225.6 del TRLCSP, que podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento, por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, por incumplimiento de la obligación principal del contrato y de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, o por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indis-

(1136) Aunque el artículo 212.5.a) de la LCSP, a juicio de los autores de esta obra, ha de interpretarse que es «IVA excluido», de *lege ferenda*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107.2 que se ocupa de regular la garantía complementaria.

(1137) El artículo 108.1.a) de la LCSP dispone que las garantías definitivas exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas podrán prestarse en efectivo o en valores, que en todo caso serán de Deuda Pública, con sujeción, en cada caso, a las condiciones establecidas en las normas de desarrollo de esta Ley. El efectivo y los certificados de inmovilización de los valores anotados se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos, en la forma y con las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, sin perjuicio de lo dispuesto para los contratos que se celebren en el extranjero.

(1138) El artículo 212 de la LCSP dispone:

– Apartado 3: Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores.

– Apartado 6: En el supuesto de demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, si las penalidades a que diere lugar la demora en el cumplimiento del plazo alcanzasen un múltiplo del 5 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades, a tenor de lo dispuesto en el artículo 193.4 de la LCSP.



pensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de 15 días hábiles. El artículo 213.6 último párrafo de la LCSP introduce la novedad de que cuando el contratista no pueda garantizar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero.

3. *Causas específicas*

Como ya se ha señalado con anterioridad, dentro de las causas que se recogen en el LCSP, el artículo 211.1.h) dispone que serán también causas de resolución, aparte de las contempladas en el resto de letras del mencionado precepto, las siguientes causas que se señalan específicamente para cada categoría de contrato recogida en la LCSP:

1. Contrato de obras:

El artículo 245 de la LCSP mantiene, como hacía el artículo 237 del TRLCSP, la demora en la comprobación del replanteo, aunque matiza como novedad que la misma ha de ser «*injustificada*», la suspensión de la iniciación de las obras, aunque minora el plazo de 6 a 4 meses, la suspensión de las obras (1139) por plazo superior a 8 meses por parte de la Administración, y el desistimiento antes o después de la iniciación de las obras (1140).

(1139) Véase la STS de 16 de abril de 2012, en la que, a la vista de la demanda interpuesta por la parte recurrente, con cita de varias SSAN de 22 de febrero de 2002 y de 10 de marzo de 2005 en las que se indemnizan los costes indirectos de una empresa por la demora en la ejecución de una obra suspendida, indicó que no había quedado acreditada la suspensión y paralización de la obra pues siguió su curso, aún con retraso en las fechas de ejecución.

(1140) A juicio de los autores de esta obra, esta previsión extralimita la regulación del desistimiento que se efectúa en el artículo 152 de la LCSP pues el apartado 2 señala que el desistimiento del procedimiento podrá acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización, mientras que el apartado 4 puntualiza que deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación. Igual puntualización cabe efectuar en relación al contrato de suministro y de servicios que en los artículos 306 y 313 de la LCSP establece igual previsión.

El artículo 246.1 de la LCSP dispone que la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

Es preciso señalar que existe una absoluta independencia entre el acto por el que pueda declararse la resolución contractual y el procedimiento de liquidación del contrato. En virtud de esta sustantividad propia que reúnen ambos procesos, no se debe inferir que, si la resolución contractual no contó con la oposición del contratista, tampoco éste podrá presentar observaciones a la liquidación del contrato. Por tanto, a juicio de los autores de esta obra, no sería correcto realizar dicha vinculación al amparo del artículo 172 del RGTRLCAP, pues el procedimiento de liquidación y las alegaciones que pudieran realizarse sobre la misma son independientes a las que pudieran realizarse al proceso de resolución del contrato. Tienen sustantividad propia.

El artículo 246.5 de la LCSP, como señalaba el artículo 239.5 del TRLCSP, dispone que cuando las obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, con carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación, una vez que haya notificado al contratista la liquidación de las ejecutadas, podrá acordar su continuación, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar la valoración efectuada ante el propio órgano. El órgano de contratación resolverá lo que proceda en el plazo de 15 días naturales (1141).

El resto de apartados del artículo 246 de la LCSP mantiene el contenido indemnizatorio aplicable en cada causa de resolución contractual que se preveía en el artículo 239 del TRLCSP, con la única salvedad de especificar que las indemnizaciones siguientes se deberán calcular sobre el precio del contrato (1142), IVA excluido:

- 2 por ciento, en caso de demora injustificada en la comprobación del replanteo.
- 3 por ciento, en caso de desistimiento antes de la iniciación de las obras o de suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a 4 meses.

(1141) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.

(1142) Lo más correcto sería hablar de *«precio del contrato»* en lugar de *«precio de adjudicación»*. En este sentido, véase Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.



– 6 por ciento en concepto de beneficio industrial de las obras dejadas de realizar (1143), en el supuesto de desistimiento después de la iniciación de las obras o de suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a 8 meses, aunque no será en todo caso su máximo techo indemnizatorio pues la jurisprudencia (1144) ha venido reconociendo que podrá reclamar una indemnización mayor siempre que lograra probar que ha padecido daños adicionales.

2. Contrato de concesión de obras:

El artículo 279 de la LCSP, aunque define de la misma manera que hacía el artículo 269 del TRLCSP las causas específicas de resolución de este contrato (ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento por falta de interesados autorizados para ello; demora superior a 6 meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato; rescate de la explotación de las obras; supresión de la explotación de las obras por razones de interés público; imposibilidad de la explotación de las obras como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato; secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido en el art. 263.3 de la LCSP), sin embargo introduce estas novedades:

– Excepciona las causas de resolución incluidas en las letras *d)* y *e)* del artículo 211.1 (1145) de la LCSP, es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el artículo 198.6 o el inferior que se hubiese fijado al amparo del artículo 198.8 de la LCSP.

– Matiza que la declaración unilateral del rescate en la explotación de las obras, para su gestión directa por la Administración, ha de ser adoptada por razones de interés público y, además, requerirá la acreditación de que dicha gestión es más eficaz y eficiente que la concesional.

En cuanto a los efectos, el artículo 280 de la LCSP establece los mismos que se incluían en el artículo 271 del TRLCSP distinguiendo entre que la causa de resolución fuera o no imputable a la Administración (1146).

(1143) El artículo 246.4 de la LCSP entiende por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y las que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran ejecutado.

(1144) SSTs de 26 de abril de 1994 con cita de otras anteriores de 22 de septiembre de 1988 y de 9 de octubre de 1990.

(1145) El artículo 279.1 párrafo primero de la LCSP se olvida de hacer la referencia al apartado 1 del artículo 211.

(1146) El artículo 280.1 párrafo tercero de la LCSP dispone que «*En todo caso, se entenderá que la resolución de la concesión no es imputable a la Administración cuando obedezca a alguna*

En el primer caso (1147), se abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por la expropiación de terrenos (1148), ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes aplicando un criterio de amortización lineal, y, además, en los supuestos de demora superior a 6 meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato, de rescate de la explotación de las obras, de supresión de la explotación de las obras por razones de interés público, y de imposibilidad de la explotación de las obras como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato (1149), más la indemnización por los daños y perjuicios que se le irroguen (1150).

El artículo 280.6 de la LCSP introduce, como novedad respecto del artículo 271 del TRLCSP, que, en caso de demora superior a 6 meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato (1151), el concesionario tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos,

de las causas previstas en las letras a), b) y f) del artículo 211, así como en las letras a) y f) del artículo 279», es decir, las debidas a muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista, a la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento, al incumplimiento de la obligación principal del contrato, cuando la ejecución hipotecaria quedara desierta o hubiera imposibilidad de iniciar el procedimiento por falta de interesados autorizados para ello, y al secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido en el artículo 263.3 de la LCSP.

(1147) Los artículos 281 y 282 de la LCSP, mantienen el mismo literal de los artículos 271.bis y ter del TRLCSP, y regulan el nuevo proceso de adjudicación y la determinación del tipo de licitación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración.

(1148) El artículo 280.5 de la LCSP establece que *«Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, ésta quedará subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo».*

(1149) Artículo 279.b), c), d) y e) de la LCSP.

(1150) El artículo 280.3, párrafo segundo letras a) y b) de la LCSP dispone que *«Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta:*

a) Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, cuantificándolos en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.

b) La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, considerando su grado de amortización.»

(1151) Artículo 279.1 de la LCSP.



a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega y hasta la liquidación de la indemnización resultante de la resolución, así como de los daños y perjuicios sufridos.

En el caso de que la causa de resolución no fuera imputable a la Administración, se abonará al concesionario el importe que resulte de la valoración de la concesión.

Por el contrario, cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada (1152).

El artículo 280.4 de la LCSP mantiene el contenido del artículo 271.5 del TRLCSP respecto a los efectos de la resolución del contrato de concesión de obras sobre los contratos otorgados por el concesionario para el aprovechamiento de las zonas complementarias y para su explotación comercial, señalando lo siguientes:

– Si se resolviesen también dichos contratos, se abonará a sus beneficiarios la indemnización que en su caso correspondiera, que correrá por cuenta del concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste.

– Si la resolución del contrato de concesión de obras no conllevara también la de dichos contratos, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato.

3. Contrato de concesión de servicios:

El artículo 294 de la LCSP hace, igual que ya se ha señalado a propósito del contrato de concesión de obras en el artículo 279, una remisión general a las causas generales de resolución de los contratos administrativos incluidas en el artículo 211 indicando que en este contrato no resultarán aplicables la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el artículo 198.6 o el inferior que se hubiese fijado al amparo del artículo 198.8 de la LCSP.

En relación a las causas de resolución del ya derogado contrato de gestión de servicios públicos, que se incluían en el artículo 286 del TRLCSP, el artículo 294 mantiene las relativas a la demora superior a 6 meses por

(1152) Se repite en el artículo 280.2 de la LCSP, de modo innecesario a juicio de los autores de esta obra, lo que se señala en el artículo 213.3 de la LCSP que, como ya se ha indicado, resulta de aplicación transversal a todos los supuestos de resolución contractual.



parte de la Administración en la entrega al concesionario de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato, al rescate del servicio por la Administración, si bien matiza que deberá hacerse para su gestión directa por razones de interés público previa acreditación de que dicha gestión es más eficaz y eficiente que la concesional, a la supresión del servicio por razones de interés público, y a la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, si bien introduce estas nuevas causas que, sin embargo, ya se encontraban reguladas en el artículo 269 del TRLCSP para el contrato de concesión de obras públicas:

– La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la LCSP.

– El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido en el artículo 263.3 de la LCSP, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

En cuanto a los efectos, el artículo 295 de la LCSP, establece coincidencias y divergencias respecto de los que se establecían en el artículo 288 del TRLCSP para el contrato de gestión de servicios públicos, pero sigue el mismo esquema que ya se ha señalado en relación al contrato de concesión de obras en el artículo 280 de la LCSP, pues se distingue entre que la causa de resolución fuera o no imputable a la Administración. De hecho, sucede lo siguiente:

– El artículo 295.1 sigue el mismo tenor literal del artículo 280.1, ambos de la LCSP, salvo en las lógicas referencias a la concesión de servicios en lugar de a la concesión de obras y en el no establecimiento de un plazo para efectuar la fijación de la indemnización al concesionario cuando la causa de la resolución fuera imputable a la Administración (1153).

– El artículo 295.3 de la LCSP repite el tenor literal del artículo 280.6, y el artículo 295.4 recoge el contenido del artículo 280.3, ambos relativos al contrato de concesión de obras.

Por último, el artículo 295.2 reitera la referencia genérica, que ya se contemplaba en el artículo 288.2 del TRLCSP, de que, con independencia de los efectos que se deriven de las causas generales de resolución con-

(1153) A juicio de los autores de esta obra, debería establecerse dicho plazo ya que, como ya se ha señalado, las reglas en este caso son exactamente las mismas que para el contrato de concesión de obras.



tractual (1154), el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

4. Contrato de suministro:

El artículo 306 de la LCSP introduce dos novedades respecto de las causas específicas de resolución en este tipo de contratos.

Por un lado, especifica, como causa de resolución el desistimiento, antes y después de la iniciación del contrato (1155), y reduce a 4 y 8 meses, respectivamente, los plazos para acordar la suspensión de la iniciación o del suministro a contar, en el primer caso, desde la fecha señalada en el contrato para la entrega, y, en el segundo, desde que la Administración la acuerde salvo que, en ambos casos, en el pliego se señale otro menor.

En cuanto a los efectos, el artículo 307 de la LCSP dispone, igual que lo hacía el artículo 300 del TRLCSP, que la resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad. Solamente matiza que las indemnizaciones que proceda reconocer a favor del contratista, se calcularán sobre el precio del contrato (1156), IVA excluido, y que, en caso de que el desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro o la suspensión del suministro por un plazo superior a 8 meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor, se entenderá por suministros dejados de realizar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran realizado.

5. Contrato de servicios:

Lo señalado para el contrato de suministro resulta aplicable a este tipo de contrato pues el artículo 313 de la LCSP, al igual que hace el artículo 306

(1154) Artículo 213 de la LCSP.

(1155) A juicio de los autores de esta obra, esta previsión extralimita la regulación del desistimiento que se efectúa en el artículo 152 de la LCSP pues el apartado 2 señala que el desistimiento del procedimiento podrá acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización, mientras que el apartado 4 puntualiza que deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación. Igual puntualización ya se ha hecho en esta obra a propósito del artículo 245 de la LCSP, en relación al contrato de obras, y se hará a continuación respecto del artículo 313 de la LCSP cuando se aborden las causas específicas de resolución del contrato de servicios.

(1156) El artículo 307.2 y 3 de la LCSP habla de «*precio de adjudicación del contrato*». A juicio de los autores de esta obra, lo adecuado, en congruencia con lo previsto en el artículo 212 de la LCSP y en el Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio, sería referirlo al «*precio del contrato*».

de la LCSP, también especifica, como causa de resolución el desistimiento (1157), antes y después, en este caso, de la prestación del servicio (1158), y reduce a 4 y 8 meses, respectivamente, los plazos para acordar la suspensión de la iniciación o del servicio a contar, en el primer caso, desde la fecha señalada en el contrato para su comienzo, y, en el segundo, desde que la Administración la acuerde salvo que, en ambos casos, en el pliego se señale otro menor.

No obstante, mantiene lo que se señalaba en el artículo 308.c) del TRLCSP en relación a que los contratos complementarios (1159) quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal. Sin embargo, esta redacción, a juicio de los autores de esta obra, debería complementarse con lo que indica el artículo 29.7 de la LCSP que, como ya se ha analizado en esta obra, establece que los contratos de servicios que sean complementarios de otros contratos de obras o de suministro podrán tener un plazo de vigencia superior a 5 años que, en ningún caso, excederá del plazo de duración del contrato principal, salvo en los contratos que comprendan trabajos relacionados con la liquidación del contrato principal, cuyo plazo final excederá al del mismo en el tiempo necesario para realizarlos. La iniciación del contrato complementario a que se refiere este apartado quedará en suspenso, salvo causa justificada derivada de su objeto y contenido, hasta que comience la ejecución del correspondiente contrato principal.

En relación a sus efectos, el artículo 313.2 de la LCSP dispone, igual que lo hacía el artículo 309.1 del TRLCSP, que la resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración (1160). Solamente introduce estas novedades:

(1157) Véase STS de 21 febrero 2012.

(1158) A juicio de los autores de esta obra, esta previsión extralimita la regulación del desistimiento que se efectúa en el artículo 152 de la LCSP pues el apartado 2 señala que el desistimiento del procedimiento podrá acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización, mientras que el apartado 4 puntualiza que deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación. Igual puntualización ya se ha hecho en esta obra a propósito del artículo 245 de la LCSP, en relación al contrato de obras, y se hará a continuación respecto del artículo 306 de la LCSP cuando se aborden las causas específicas de resolución del contrato de suministro.

(1159) A tenor del párrafo segundo del artículo 29.7 de la LCSP, *«Ha de entenderse por contratos complementarios aquellos que tienen una relación de dependencia respecto de otro, el principal, y cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones a las que se refiera dicho contrato principal».*

(1160) Véase Dictamen del Consejo de Estado número 1363/2008 (Comunidad Autónoma de Cantabria), de 11 de septiembre, sobre *«Resolución del contrato con..... para la redacción del Plan General de Ordenación del Territorio del Ayuntamiento de Ribamontán al Monte»*, en el que se señalaba lo siguiente: *«En resumen, estima el Consejo de Estado que procede resolver el contrato por incumplimiento imputable al contratista, con las consecuencias que dicha resolución lleva*

- Reduce los porcentajes de indemnizaciones al 3, en caso de que la causa de resolución fuera el desistimiento antes de iniciar la prestación del servicio o la suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación del contrato por plazo superior a 4 meses y en el caso de resolución de los contratos complementarios a consecuencia de la resolución del contrato principal, y al 6 por ciento, en el supuesto de desistimiento una vez iniciada la prestación del servicio o la suspensión del contrato por plazo superior a 8 meses acordada por el órgano de contratación.
- Matiza, que las indemnizaciones que proceda reconocer a favor del contratista, se calcularán sobre el precio del contrato (1161), IVA excluido.
- En caso de que el desistimiento una vez iniciada la prestación del servicio o la suspensión del contrato por plazo superior a 8 meses acordada por el órgano de contratación, salvo que en el pliego se señale otro menor, se entenderá por servicios dejados de prestar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran prestado.

11. PAGO DEL PRECIO

El sistema previsto en la LCSP respecto al régimen de pago del precio, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

aparejadas y que impone con carácter preceptivo el artículo 113.4 de la ley citada: incautación de la fianza constituida, e indemnización por el contratista al Ayuntamiento de los daños y perjuicios que su conducta incumplidora haya ocasionado a la Administración municipal, en la medida que excedan del importe de la fianza incautada.

Habrà de valorarse, por otra parte, cuàles de los estudios e informes entregados por el contratista al Ayuntamiento, (parte de los cuales han sido presentados en el tràmite de audiencia ante el Consejo de Estado), han resultado de utilidad para la formulaci3n definitiva del Plan General de Ordenaci3n Urbana, ya que así lo dispone el artículo 215.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio: «La resoluci3n del contrato darà derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administraci3n», pues de otra manera se produciría un enriquecimiento sin causa de esta entidad local.

Se incoarà, por tanto, el correspondiente expediente contradictorio con audiencia del contratista, que concluirà por decisi3n motivada del 3rgano de contrataci3n y en la que se habrà tenido en cuenta la incidencia que ha provocado el incumplimiento, la suerte que ha corrido la subvenci3n concedida por la Comunidad Aut3noma de Cantabria para la redacci3n del Plan de Ordenaci3n, los mayores gastos que ha ocasionado al Ayuntamiento la necesidad de una nueva contrataci3n y el valor de los informes o estudios que hubieran resultado ùtiles a la Administraci3n (art. 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre)».

(1161) El artículo 313.3 de la LCSP habla de «precio de adjudicaci3n del contrato». A juicio de los autores de esta obra, lo adecuado, en congruencia con lo previsto en el artículo 212 de la LCSP y en el Informe JCCA nùmero 43/2008, de 28 de julio, sería referirlo al «precio del contrato».



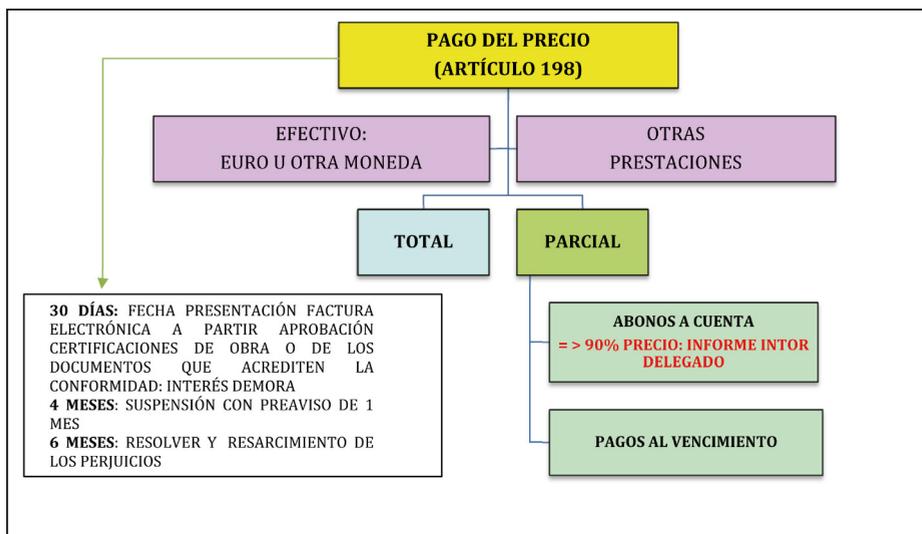


Gráfico número 25

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

A. Planteamiento general

El contratista tendrá derecho, a tenor del artículo 198.1 de la LCSP, a percibir el precio convenido de acuerdo con lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas y en el contrato (1162), y el pago del mismo constituirá la obligación principal de la Administración. En relación a ello, es preciso tener presente que el artículo 301.2 de la LCSP para el contrato de suministro, y el artículo 309.1 párrafo segundo, para el contrato de servicios, introducen la novedad de que en estos contrato en el que la determinación del precio se realizara mediante precios unitarios (suministro) o unidades de ejecución (servicios), se podrá incrementar el nú-

(1162) En relación a la necesidad de que los términos en los que se va a efectuar el pago del precio se encuentren recogidos en los pliegos de cláusulas administrativas y en el contrato, en las Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, se puso de manifiesto cómo esa deficiencia trajo consigo que se abonaran certificaciones que incluyeron nuevos pagos a cuenta por acopios y por instalaciones y equipos, por importes muy significativos, que en uno de los contratos superaron incluso el importe de la obra ejecutada hasta ese momento, llegando a agotar prácticamente los créditos reservados para esa anualidad, compensando así, a efectos presupuestarios, el bajo grado de ejecución de las obras.



mero de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido (1163), como una modificación no sustancial del contrato (1164), sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.

Dicho lo anterior, parecería que el pago del precio no revestiría mayor dificultad. Sin embargo, la cuestión puede llegar a ser bastante complicada ya que cuestiones tales como la diferente modalidad de pago elegida, la posible demora, la incidencia de posibles embargos instados por terceros o la incidencia de algunas figuras, tales como la de la liquidación del contrato, pueden alterar el normal y, por lo tanto, pacífico desarrollo de la relación contractual.

Una cuestión que, aunque pueda sorprender, suele pasarse por alto por los órganos de contratación es que el precio, así como sus modalidades de pago (1165), han de haber quedado específicamente concretadas en el documento contractual. Tal extremo resulta una exigencia prevista en los artículo 35.1.f) de la LCSP y del 67 del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra, se entiende vigente en cuanto no se opone al contenido de dicha Ley.

B. Modalidades de pago

a) INTRODUCCIÓN

La realización del pago del precio, que ha de haberse fijado conforme al artículo 198.1 de la LCSP en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documentos descriptivo (1166) o en el contrato (1167), puede realizarse de diferentes maneras.

A tenor del artículo 198.2 de la LCSP, como ya se contemplaba en el artículo 216.2 del TRLCSP, en unos casos, y es la regla general, el pago no se efectuará hasta que el contratista ejecute a satisfacción de la Adminis-

(1163) Aunque el artículo 301.2 de la LCSP no lo especifica, a juicio de los autores de esta obra, ha de referirse, en concordancia con el artículo 205, al precio del contrato, IVA excluido.

(1164) Artículo 205.2, c) de la LCSP.

(1165) Respecto al contrato de suministro, el artículo 302.1 párrafo primero de la LCSP prevé que, cuando razones técnicas o económicas debidamente justificadas en el expediente lo aconsejen, podrá establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares que el pago del precio total de los bienes a suministrar consista parte en dinero y parte en la entrega de otros bienes de la misma clase, sin que, en ningún caso, el importe de éstos pueda superar el 50 por cien del precio total.

(1166) Artículo 188 de la LCSP.

(1167) Son casos especiales de configuración del precio y, en su caso del pago de primas o compensaciones, los concursos de proyectos (art. 181 de la LCSP) y los procedimientos de diálogo competitivo (art. 173 de la LCSP) y de asociación para la innovación (art. 180.1 de la LCSP).



tración la totalidad del objeto del contrato (1168) y, en otros, se puede prever que la Administración asuma la obligación de efectuar pagos parciales durante la ejecución del contrato, a cada vencimiento que se hubiese estipulado (contratos de tracto sucesivo) (1169), e, incluso, mediante abonos a cuenta antes de que ésta comience (1170), en cuyo caso el artículo 198.3 de la LCSP dispone que el contratista deberá asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía (1171). En el primer caso, se habla de la modalidad de pago total del precio, y, en la segunda, de pagos parciales del precio convenido.

En el caso de contratos de tracto sucesivo, será normal que en los pliegos o en el contrato se prevea que el pago sea efectuado en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado. Ello no supondrá, en ningún caso, que el órgano de contratación haya aceptado que la prestación ha sido realizada de conformidad con las disposiciones legales y con los documentos contractuales aplicables (1172). En tal sentido, sería muy conveniente, a juicio de los autores de esta obra, que en los pliegos se recogiese, a tenor del artículo 34.1 de la LCSP que consagra el principio de libertad de pactos, tanto la posibilidad de imponer penalizaciones que se hagan efectivas sobre los pagos parciales por el defectuoso cumplimiento de la prestación, como la reserva de que los pagos parciales, por sí solos, no implican conformidad con el correcto cumplimiento de las obligaciones del contrato durante el periodo a que se refieren.

(1168) Para la contratación en el extranjero, la disposición adicional primera, g) de la LCSP dispone que el pago del precio se condicionará a la entrega por el contratista de la prestación convenida, salvo que se oponga a ello el derecho o las costumbres del Estado, en cuyo supuesto se deberá exigir garantía que cubra el anticipo. Como excepción, la disposición adicional novena de la LCSP prevé que en los contratos que tengan por objeto el acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, el abono del precio se efectúe en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

(1169) El artículo 267 de la LCSP establece que, en el contrato de concesión de obras, el concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de las obras, que se denominará tarifa, en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares. La tarifa podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta el grado de disponibilidad ofrecido por el concesionario y/o su utilización por los usuarios.

(1170) El artículo 240.2 de la LCSP dispone que *«El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta sobre su importe por las operaciones preparatorias realizadas como instalaciones y acopio de materiales o equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra, en las condiciones que se señalen en los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares y conforme al régimen y los límites que con carácter general se determinen reglamentariamente, debiendo asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía»*.

(1171) Por ejemplo, a tenor del artículo 310.2 de la LCSP, en el caso de la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, podrá establecerse el pago parcial anticipado, previa constitución de garantía por parte del contratista, sin que pueda autorizarse su cesión.

(1172) Véase Informe JCCA número 71/2008, de 31 de marzo de 2009.



El artículo 198.7 de la LCSP dispone que, sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias (1173) y de la Seguridad Social (1174), los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, solo podrán ser embargados para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos, o para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato. Con anterioridad a dicho momento, el artículo 201, párrafo tercero de la LCSP dispone que los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192 de la LCSP.

El párrafo segundo del citado artículo 198.2 introduce la novedad de que, en los casos en que el importe acumulado de los abonos a cuenta (1175) sea igual o superior con motivo del siguiente pago al 90 por ciento del precio del contrato incluidas, en su caso, las modificaciones aprobadas, al expediente de pago que se tramite habrá de acompañarse, cuando resulte preceptiva, la comunicación efectuada a la Intervención correspondiente (1176) para su eventual asistencia a la recepción en el ejercicio de sus funciones de comprobación material de la inversión.

El párrafo segundo del artículo 198.4 de la LCSP establece que, en todo caso, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los 30 días

(1173) Artículo 63.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone que *«Cuando se hubieran acumulado varias deudas tributarias a favor de una Administración y de otras entidades de derecho público dependientes de la misma, tendrán preferencia para su cobro las primeras, teniendo en consideración lo dispuesto en la sección 5.ª de este capítulo»* en relación con los artículos 77 a 82 de la citada Ley.

(1174) Artículo 25 párrafo primero del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que *«Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos o intereses que sobre aquellos procedan gozarán, en su totalidad, de igual orden de preferencia que los créditos a que se refiere el artículo 1924.1.º del Código Civil. Los demás créditos de la Seguridad Social gozarán del orden de preferencia establecido en el apartado 2.º E) del referido precepto»*.

(1175) El artículo 240.1 de la LCSP dispone que, a los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros 10 días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada conforme a proyecto durante dicho período de tiempo, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden.

(1176) Esta función corresponde al órgano de control interno correspondiente. En la Administración General del Estado esta función corresponde a la IGAE, a través de sus servicios centrales o de sus Intervenciones Delegadas, en el ámbito del Ministerio de Defensa, a la Intervención General de la Defensa, y en la Seguridad Social, a la Intervención General de la Seguridad Social, ambas dependientes funcionalmente, a estos efectos, de la Intervención General de la Administración del Estado (art. 143 de la LGP).



naturales (1177) siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio. En relación al contrato de obras, cabe efectuar las siguientes consideraciones:

– Solamente será posible aplicar esta modalidad de pago parcial cuando así se recogiera en los pliegos o en el contrato.

– En tal supuesto, el importe del precio podrá irse abonando al contratista a partir de que la Administración expida las correspondientes certificaciones mensuales de ejecución del objeto del contrato (1178), pero siempre y cuando se cumplan el resto de condiciones de ejecución que se hayan previsto en los pliegos o en el contrato. De este modo no deberá abonarse el precio, por ejemplo, en un supuesto en el que el contrato previera su ejecución en 2 años y sin embargo el contratista procediera a ejecutarlo en menos tiempo. En tal caso, podría expedirse las correspondientes certificaciones parciales, si el contratista así lo hubiera solicitado, pero el plazo para su pago no se contará desde su fecha sino desde aquella en que, de acuerdo con las condiciones convenidas y programas de trabajo proyectados, deban producir efectos (en caso de endoso del derecho de cobro, es conveniente recoger esta circunstancia en la certificación de obra) (1179).

– Aunque parezca contrario al sentido común, es necesario recordar que no deberán emitirse certificaciones parciales sin haber comprobado antes tanto la realidad de su ejecución como su concordancia con el cronograma de ejecución de la obra (1180).

– En este supuesto, es muy importante tener en cuenta que las certificaciones mensuales quedarán sujetas a las rectificaciones y variaciones

(1177) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.

(1178) La Administración expedirá mensualmente, en los primeros 10 días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período mensual (art. 240.1 de la LCSP).

(1179) Véase Informe JCCA número 65/2004, de 11 de marzo de 2005.

(1180) Como ejemplo de cuanto se señala, véanse las Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación al Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2005 por la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en las que se señala que *«En el contrato para la construcción del Centro Estatal de referencia de atención socio-sanitaria a personas con enfermedades raras y sus familias, en Burgos, la certificación de obra número 12, de noviembre de 2006, acredita que, cuando habían transcurrido prácticamente las dos terceras partes del plazo total de ejecución y según el cronograma de ejecución de la obra debería haberse superado el 60% del total, la obra realmente ejecutada representaba únicamente el 8,78% del precio del contrato, mientras que los abonos a cuenta por acopios y por instalaciones y equipos incluidos en las certificaciones número 1 y 12, ascendían al 15% del propio precio»*, y que *«En el contrato para la construcción del Centro Estatal de referencia de atención socio-sanitaria a personas con enfermedad de Alzheimer y otras demencias, en Salamanca, en la certificación de obra número 12, de noviembre de 2006, la obra realmente ejecutada representaba el 23,68% del precio del contrato, mientras que los abonos a cuenta por acopios de materiales ascendían al 37,41% del precio»* (el subrayado es de los autores de esta obra).



que se produzcan en la medición final de la obra (1181), y que no supondrán, en ningún caso, la aprobación y recepción de conformidad de las obras que comprenden por parte de la Administración (1182).

– En relación con la liquidación final de una obra (1183) es preciso señalar que, aunque constituye el trámite de verificación del cumplimiento de las obligaciones principales de las partes contratantes, es decir, de la ejecución de la obra en los términos y condiciones acordadas y del abono del precio o contraprestación, sin embargo no determina por sí misma la extinción de la relación jurídica contractual pues junto a ella, pero de manera autónoma y sin sometimiento a su régimen de plazos y oportunidades, la ley contempla y regula otras reclamaciones económicas por parte del contratista, como por ejemplo la reclamación de daños y perjuicios o la acción para reclamar los intereses de demora de la revisión de precios, que se mantienen mientras no se produzca la extinción definitiva de la relación jurídica contractual con la devolución de las garantías prestadas o su ejecución, según cada caso (1184). De ello se deduce que la no oposición a la liquidación final de una obra por parte del contratista no impedirá que pueda acudir a los tribunales siempre que respete los plazos para interponer el correspondiente recurso, y que su celebración, en los términos previstos en la LCSP, no supondrá la extinción de la relación contractual.

b) PLAZOS

El artículo 198.4, 5, 6, 7, y 8 de la LCSP, salvo en lo relativo a la presentación de facturas por vía electrónica, reproduce el tenor literal de los mismos apartados del artículo 216, indicando lo siguiente:

(1181) Véase Informe JCCA número 16/2006, de 30 de octubre, en relación a las variaciones respecto de las unidades de obra realmente ejecutadas señala que, a tenor del artículo 160.1 y 2 del RGTRLCAP, es posible la compensación recíproca, en el momento de la medición final, entre excesos y defectos en las unidades de ejecución de las obras realmente ejecutadas.

(1182) Artículo 240.1 de la LCSP. Resulta interesante consultar, sobre el carácter provisional de las certificaciones respecto a la liquidación final de las obras, la STSJ de Murcia de 21 de septiembre de 2012, en el que se planteaba una clara divergencia entre el contenido de las certificaciones que se encontraban sobredimensionadas por la aparición durante la ejecución de los movimientos de tierras de rocas cuyo desmonte no estaba previsto en el proyecto original y que era necesario retirar para no paralizar la obra. De este modo, mientras se redactaba un proyecto complementario se intentó encajar su importe en las restantes unidades de obra para posteriormente compensar en la liquidación final, habiéndose certificado en mayor cantidad para incluir el precio del desmonte de rocas que hasta entonces se había producido.

(1183) Véase sobre el valor jurídico que deba darse a los actos de inauguración de las obras la STS de 24 de mayo de 2012.

(1184) Véase la STS de 22 de mayo de 2012 en la desestima la alegación de extemporaneidad alegada por la Abogacía del Estado para oponerse a la demanda por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso y suspensión acaecidos en la ejecución de las obras denominadas «*Segunda circunvalación Sureste de Huelva. CN-441. Tramo: Cruce con la CN-431-Cruce con la CN-442*».



1. La Administración (1185) tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los 30 días naturales (1186) siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados (1187), sin perjuicio de lo establecido en el artículo 243 de

(1185) Este plazo, a raíz de la reforma operada en el artículo 319.1 párrafo primero de la LCSP, que incluye a una No Administración Pública-Poder Adjudicador en el ámbito de aplicación del artículo 198.4 de la LCSP, solamente no resultará aplicable a una No Administración Pública-No Poder Adjudicador. Ello traerá como consecuencia que para ésta última el plazo sea de 60 días, conforme se regula en el artículo 4.1 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (véase Informe JCCA número 58/2010, de 23 de mayo de 2011).

(1186) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.

A tenor del artículo 198.8 de la LCSP, las Comunidades Autónomas podrán reducir este plazo. Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

(1187) Respecto de las medidas de control de la deuda comercial, recogidas en la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, que procedió a modificar, fundamentalmente, algunos preceptos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y a adicionar un nuevo apartado 3 en la disposición adicional octava de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Véase sobre el particular, con entrada en vigor a partir del 9 de noviembre de 2014, la Orden HAP/2082/2014, de 7 de noviembre, por la que se modifica la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en el caso de las Comunidades Autónomas, en el plazo de 1 mes a contar desde el 22 de diciembre de 2013 (disposición adicional primera de la Ley Orgánica 9/2013, véase para su cuantificación el Real Decreto 635/2014, de 25 de julio, por el que se desarrolla la metodología de cálculo del periodo medio de pago a proveedores de las Administraciones Públicas y las condiciones y el procedimiento de retención de recursos de los regímenes de financiación, previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) publicarán en su portal web su período medio de pago a proveedores (en lo sucesivo, PMPP). A la vista del mismo se podrían plantear las siguientes alternativas:

- Que el PMPP fuera inferior a 30 días, en cuyo caso no se requerirá información adicional en el plan de tesorería.

- Que el PMPP fuera superior a 30 días, en cuyo supuesto incluirán automáticamente en su plan de tesorería inmediatamente posterior a dicha publicación el importe de los recursos que va a dedicar mensualmente a reducir el PMPP y el compromiso de adoptar medidas cuantificadas de reducción de gastos o incremento de ingresos.

- Si el PMPP hubiese superado los 60 días durante dos meses, el Ministerio de Hacienda y Función Pública adoptará las medidas automáticas de prevención, previstas en el artículo 18 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en lo sucesivo, LOEPSF), que implicarán la comunicación de alerta del importe que se ha de destinar mensualmente a pagar a sus proveedores y las medidas de reducción de gastos o incremento de ingresos que debe adoptar, y que deberá incluir en el plan de tesorería del mes siguiente. Dichas medidas se mantendrán hasta que se cumpla el plazo máximo de pago previsto en la normativa de morosidad.

- Si persiste la situación descrita en el párrafo anterior durante dos meses más, el Ministerio de Hacienda y Función Pública pasará a adoptar las medidas automáticas de corrección previstas en el artículo 20.5 de la LOEPSF. Una vez que se haya adoptado dichas medidas, se mantendrán hasta que se cumpla el plazo máximo de pago previsto en la normativa de morosidad.

- Si, a pesar de las medidas de corrección implementadas, persiste la situación descrita en el párrafo anterior durante dos meses más, el Ministerio de Hacienda y Función Pública adoptará las medidas de corrección previstas en el artículo 20.6 de la LOEPSF. Una vez que se haya adoptado esta medida, se mantendrá la retención hasta que se cumpla el plazo máximo de pago previsto en la normativa de morosidad.



la LCSP para el contrato de obras que prevé que dentro de los 3 meses contados a partir de la recepción, o aún en un plazo mayor que no podrá superar los 5 meses si el valor estimado superara los 12 millones de euros, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato.

En relación a dicho plazo, es necesario señalar que la LCSP no contempla la posibilidad de practicar una retención sobre el pago en base a que, con posterioridad a la recepción de conformidad de los contratos administrativos, pudieran aparecer defectos cuyos costes habrían de ser asumidos por el contratista. No existe la posibilidad de aplicar la compensación de deudas que, como modo de extinción de las obligaciones, se recoge en el artículo 1156 del Código Civil pues requiere que dos personas por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras una de la otra y que ambas deudas sean vencidas, líquidas y exigibles (arts. 1195 y 1196 del Código Civil) lo que no acontece en este caso.

Es cierto que con la entrega no queda extinguida en su totalidad la responsabilidad del contratista y que, transcurrido el plazo de garantía durante el que tiene que realizar labores de conservación, entra en juego la imputación por vicios ocultos, pero ello no permite oponer al pago de unas certificaciones que debieron de haber sido abonadas en su momento una especie de derecho de retención para resarcirse de una hipotética deuda que pudiera existir en el futuro (1188).

2. Si se demorase en el pago, deberá abonar al contratista los intereses de demora (1189) y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se

– Si, a pesar de la medida de retención aplicada, persiste la situación descrita en el párrafo anterior durante 2 meses más, el Ministerio de Hacienda y Función Pública adoptará las medidas coercitivas previstas en el artículo 25 de la LOEPSF, entre la que destaca el acuerdo de no disponibilidad de créditos.

En el caso de las Entidades Locales, el sistema será el mismo que el ya señalado para las Comunidades Autónomas, salvo en los siguientes aspectos:

– Si el PMPP hubiese superado los 60 días durante 2 meses, hay que conocer si la entidad local se encuentra o no incluida en el modelo de cesión de tributos: Si no lo estuviere, la LOEPSF no prevé ninguna medida concreta. Si, por el contrario, la entidad local estuviese dentro del mencionado modelo, el Interventor habrá de formular una comunicación de alerta a la junta de gobierno local y a la Administración que tenga atribuida la tutela financiera de dicha entidad, que podrá establecer las medidas cuantificadas de reducción de gastos o incremento de ingresos destinados a la reducción del PMPP.

– Si persiste la situación descrita en el párrafo anterior durante 2 meses más, el MHAP podrá retener, previa comunicación en su caso al órgano que ejerza la tutela financiera sobre dicha entidad, la participación en tributos del Estado y determinar el acceso obligatorio de la entidad local a mecanismos adicionales de financiación.

(1188) STSJ de la Comunidad de Madrid de 27 de marzo de 2013.

(1189) Véase la STSJ de Islas Baleares de 12 de noviembre de 2012, en relación a inclusión en el cálculo de intereses de las tasas de dirección de obras abonadas por el contratista pues, en definitiva, es un coste añadido que soportaría éste más allá de lo debido por el retraso en el que ha incurrido la Administración contratante.



establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (1190).

En relación al *dies a quo* para que se inicie el plazo para el devengo de intereses, a juicio de los autores de esta obra, el artículo 198.4, párrafo primero, inciso final y el párrafo tercero de la LCSP han de ser interpretados a la vista del artículo 210.4 de dicha Ley. En este sentido, si el contratista presenta la factura, en el registro correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente en materia de factura electrónica (1191), en la fecha en que tiene lugar la recepción de conformidad, el plazo de 30 días se contará desde dicha fecha, es decir, desde su correcta presentación. Si, por el contrario, la Administración Pública recibe la factura con posterioridad a la fecha en que tiene lugar dicha recepción, el plazo contará desde su correcta presentación por el contratista en el registro correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente en materia de factura electrónica (1192). Por lo tanto, lo relevante

Se planteó si en caso de demora en el pago por parte de la Administración era oportuno no proceder al abono de intereses por el hecho de que el contratista se encontrara a su vez en mora en hacer frente al pago de las obligaciones que tuviese con sus subcontratistas y suministradores. En relación a dicho asunto, la JCCA en su Informe 54/2005, de 19 de diciembre, se manifestó en sentido negativo porque no existe ninguna norma que supedita el pago de los intereses de demora a la comprobación de que el contratista ha cumplido sus obligaciones de pago con los subcontratistas y suministradores, ni los pliegos de cláusulas administrativas pueden exigir al contratista que deba presentar una relación detallada de los subcontratistas y suministradores, con indicación de partidas subcontratadas y su cuantía, y declaración de que no se le adeudan demoras.

(1190) Respecto a dicha Ley, la misma suprime el principio de libertad de pactos, tanto en lo relativo a los plazos de demora como al tipo de interés que debe abonarse al contratista (véase Informe JCCA número 5/2005, de 11 de marzo, sobre los efectos de la incorporación al ordenamiento jurídico de la Directiva 2000/35/CEE, de 29 de junio por la Ley 3/2004, y Resolución del TACRC número 64/2011, de 9 de marzo). En ésta última resolución se señala que el alcance del ámbito de aplicación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, es que, cuando el deudor incurre en mora en el pago de alguna operación de carácter comercial, o cuando alguna Administración se retrasa en el pago de sus obligaciones, se incurre en mora debiendo abonar el interés mencionado anteriormente. Estas normas no son de aplicación preceptiva como se deduce de la constante referencia que hace la Ley a la posibilidad de que las partes pacten lo contrario. Sin embargo, esta libertad de pacto tiene como límite la posibilidad de que lo acordado pueda considerarse como cláusula abusiva a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley citada. Tal precepto considera nulas aquellas cláusulas que, consideradas todas las circunstancias del caso, tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor. En particular, la Ley considera abusivas las siguientes cláusulas:

- Las que se separen de lo establecido en la Ley sin que el deudor tenga razón objetiva alguna para ello.
- Las cláusulas cuya finalidad no sea otra que proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor.
- Las cláusulas por las que el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas.

(1191) La factura electrónica fue puesta en marcha a partir del 15 de enero de 2015 por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, y que tiene por finalidad que el registro contable de facturas sea un instrumento clave para la mejora en los procedimientos contables, a través del control contable riguroso de las facturas recibidas por las Administraciones, a efectos de lograr una mayor confianza en las cuentas públicas y de mejorar el control de la morosidad en las Administraciones públicas.

(1192) La factura electrónica fue puesta en marcha a partir del 15 de enero de 2015 por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, y que tiene por finalidad que el registro contable de facturas sea



es que se hayan aprobado las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados (1193), no que simplemente se haya presentado la correspondiente factura desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio, y que en dicho momento se haya procedido a la presentación de la correspondiente factura.

Por lo que se refiere al «*dies ad quem*», es decir, a la fijación del último día para el cálculo de los intereses de demora, ha de referirse, no al momento en el que se ordena el pago mediante transferencia bancaria, sino a aquel en el que el contratista recibe el importe de la certificación o factura, esto es, la fecha del pago efectivo (1194).

un instrumento clave para la mejora en los procedimientos contables, a través del control contable riguroso de las facturas recibidas por las Administraciones, a efectos de lograr una mayor confianza en las cuentas públicas y de mejorar el control de la morosidad en las Administraciones públicas.

La disposición adicional trigésima segunda de la LCSP sobre la obligación de presentación de facturas en un registro administrativo e identificación de órganos dispone lo siguiente:

«1. El contratista tendrá la obligación de presentar la factura que haya expedido por los servicios prestados o bienes entregados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma.

2. En los pliegos de cláusulas administrativas para la preparación de los contratos que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, así como la identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente.

3. Antes del 30 de junio de 2018, por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, se pondrá a disposición de los operadores económicos y particulares un Registro Electrónico Único que, entre otras funcionalidades, permitirá acreditar la fecha en que se presenten facturas por los subcontratistas al contratista principal y traslade dichas facturas al destinatario de las mismas conforme a la configuración para recibir las facturas electrónicas que consignen en el directorio de empresas.»

El apartado 3 de la disposición final sexta cuarta de la LCSP, sobre habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica, establece lo siguiente:

«3. El Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Hacienda y Función Pública y de Energía, Turismo y Agenda Digital, adoptará las medidas necesarias para facilitar la emisión de facturas electrónicas por las personas y entidades que contraten con el sector público estatal, garantizando la gratuidad de los servicios de apoyo que se establezcan para las empresas cuya cifra de negocios en el año inmediatamente anterior y para el conjunto de sus actividades sea inferior al umbral que se fije en la Orden a que se refiere el párrafo anterior.»

(1193) Imagínese que los servicios de vigilancia, según contrato, deberían ser certificados a mes vencido por medio de certificación del responsable de la sede en la que se presta el servicio. En este caso, el día primero del mes siguiente deberá certificarse la corrección de los servicios prestados de modo que, de certificarse en dicho sentido, el plazo de 30 días comenzaría a partir del día siguiente y se prolongaría hasta el transcurso de los citados 30 días naturales. Pasado dicho período comenzarían a devengarse los intereses de demora correspondientes. Si el día primero del mes siguiente no se hubiesen certificado los servicios de conformidad, el período de pago, en el supuesto de que la prestación no fuese tan caótica que la Administración pudiera quedar exonerada del pago, comenzará a computarse a partir de que se subsanen los defectos observados con la imposición, por ejemplo, de penalidades para que, una vez realizado dicho ajuste, comencese a computarse el plazo para el pago pasado el cual se iniciaría el devengo del correspondiente interés de demora a favor del contratista.

(1194) Sobre este aspecto, será la fecha de cobro de la factura y no la de contabilización del documento presupuestario, véase la STSJ de la Comunidad de Madrid de 6 de junio de 2013.



El artículo 199 de la LCSP reproduce el tenor literal del artículo 217 del TRLCSP estableciendo lo siguiente:

– Transcurrido el plazo, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. En caso de endoso o cesión del derecho de cobro, la doctrina jurisprudencial entiende que el contratista cedente o endosante sigue estando legitimado para reclamar los intereses devengados por la demora por el pago de las certificaciones endosadas, aun cuando éste las haya endosado o cedido a favor de un tercero convertido en endosatario (1195).

A pesar de la redacción que establece el primer inciso del artículo 199 de la LCSP, la jurisprudencia ha mantenido que, una vez transcurrido el plazo de pago, la obligación por parte de la Administración ya ha nacido «*ex lege*» (1196), sin necesidad de requisito adicional alguno, es decir sin necesidad de requerimiento o interpelación del acreedor, aplicándose el principio «*dies interpellat pro homine*» (1197). No rige en consecuencia la regla del artículo 1100 del Código Civil que exige que medie requerimiento del acreedor para que el deudor se constituya en mora. Por lo tanto, los intereses se devengarán por el mero transcurso del plazo de pago sin que, en consecuencia, sea imprescindible el requerimiento previo por parte del contratista.

En cuanto al cálculo de los intereses de demora no procederá incluir en el mismo la imposición indirecta que grave el pago, por la sencilla razón de que para el contratista no se habría producido el devengo de la misma sino hasta el momento en que se realiza el pago efectivo del precio del contrato (1198), salvo que el contratista pudiera demostrar que ha ingre-

(1195) Véase, entre otras, la STSJ de Murcia 157/2013, de 22 febrero.

(1196) En relación a lo ya señalado no cabría aceptar la alegación de la Administración de que no cabe el reconocimiento de dichos intereses pues faltaría el requisito de que existiera la necesaria cobertura financiera, pues, como ya se ha señalado, el devengo de los intereses opera «*ope legis*» aún cuando su reconocimiento requiera la tramitación de los correspondientes procedimientos de control presupuestario, lo que evidentemente es independiente de la determinación del «*dies a quo*» de dicho devengo (consúltase en relación a dicho asunto la STSJ de Castilla y León de 21 de marzo de 2013).

(1197) Véase STSJ de Murcia 157/2013, de 22 febrero. En la STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 de febrero de 2013 se hace referencia a la siguiente doctrina legal de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

1. En efecto, entre otras muchas sentencias, la STS de 10 de Septiembre de 2010 establece que el derecho a los intereses surge «*ex lege*» en el momento en que se cumplen los requisitos señalados por la ley, que no son otros que el transcurso del plazo desde la expedición de la certificación, sin que la Administración haya procedido a su abono, sin que sea necesaria la intimación por parte del contratista.

2. Asimismo, en SSTs, entre otras, de 6 y 10 de octubre de 1987, 25 de abril, 6 y 26 de noviembre de 1988 y 26 de enero de 1999, que no es aplicable el artículo 1110 del Código Civil a los contratos administrativos, regido en este particular por sus disposiciones especiales.

(1198) Respecto del IVA, véase el artículo 75 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.



sado el impuesto correspondiente a cada certificación o factura con cargo a sus fondos y con anterioridad al pago de cada una de las certificaciones o facturas por la Administración contratante (1199).

Respecto a la posibilidad de aplicar el anatocismo, con objeto de poder calcular intereses legales sobre los intereses de demora producidos por el retraso en el pago, el Tribunal Supremo (1200) sostiene que solamente será procedente cuando los intereses de demora hayan sido claramente determinados y configurados como líquidos, según doctrina jurisprudencial en torno al artículo 1109 del Código Civil, lo que no sucedería cuando los parámetros de que ha de partirse para su cómputo son distintos o cuando se encuentra en litigio la cuantía de la base para calcular los intereses moratorios. No obstante (1201), matiza la anterior conclusión en el sentido de que debe rechazarse el genérico reproche de iliquidez en que se concrete la oposición procesal sobre todo cuando la demanda, además de cuantificar con una concreta cifra los intereses de demora reclamados, consigne las fechas de cómputo del retraso que han de ser consideradas, así como los tipos de interés a tener en cuenta, con lo que ofrece una explicación suficiente del criterio seguido para llegar a esa cifra que ahuyenta cualquier posibilidad de indefensión de la Administración, sin que ésta, en su contestación a la demanda, alegue la improcedencia del devengo de los intereses de demora reclamados y se limite a combatir genéricamente la cuantificación de los mismos efectuada por la parte recurrente.

– Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda (1202).

(1199) Sin perjuicio de que deba atenderse en primer lugar a la regulación aplicable al devengo de la imposición indirecta de que se trate, resulta muy interesante la doctrina, recogida en el STSJ de la Comunidad de Madrid de 15 de noviembre de 2012 en la que, recordando lo señalado en la STS de 12 de Julio de 2004, y en la del propio TSJ de 15 de Diciembre de 2006, que señala que *«si el fundamento de la obligación de satisfacer intereses moratorios se basa en el perjuicio inferido al acreedor que no percibe puntualmente el precio estipulado, lo que no necesita de otra demostración que la realidad del retraso en el pago, cuando se trata del IVA correspondiente a cada certificación o factura, la cuestión del perjuicio es diferente, porque el contratista no es «acreedor» del IVA, por lo que el pago tardío de las certificaciones solo le originará un perjuicio real y efectivo si acredita debidamente que el efectivo abono del impuesto se ha producido, pero si no se ha abonado, no se puede hablar de perjuicio, aunque las certificaciones se paguen con retraso, y ello porque el contratista no ostenta un derecho sobre la cuota del IVA, porque dicha cuota no le pertenece a él sino a la Administración Tributaria. En consecuencia, la inclusión del IVA en la base del cálculo de los intereses de demora que nacen del pago tardío de las certificaciones, solo procederá si el contratista demuestra que ha ingresado el IVA correspondiente a cada certificación o factura con cargo a sus fondos y con anterioridad al pago de cada una de las certificaciones o facturas por la Administración contratante, siendo la carga de la prueba del contratista».*

(1200) SSTS, entre otras, de 6 de julio de 2001 y 29 de abril y 5 de julio de 2002.

(1201) STS de 24 de enero de 2003 dictada en recurso de casación para unificación de doctrina.

(1202) Véase el Auto de 31 octubre de 2011, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Santander, el Auto número 160/2011, de 17 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo



Sobre este particular, la doctrina del Tribunal Supremo, apartándose del criterio que había venido manteniendo de aplicar el abono del interés legal sobre los intereses de demora vencidos respecto del momento de presentación de la demanda, se decantó por fijar el *dies a quo* desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo (1203). Añade que la razón fundamental para remitir a la interposición del recurso contencioso-administrativo el comienzo del devengo del interés legal de los intereses vencidos, radica en que, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil en el que la presentación de la demanda depende exclusivamente de la voluntad del acreedor, en el proceso contencioso-administrativo ese devengo quedaría a merced de la Administración demandada, ya que la formalización de la demanda se halla supeditada a la remisión por aquella del expediente administrativo, con el consiguiente retraso en su presentación y el improcedente beneficio que para la Administración supondría anudar a tal acto procesal la iniciación del devengo del interés legal de los intereses vencidos (1204).

– El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará

Sevilla, así como la STSJ de Castilla y León de 17 de diciembre de 2013 y también la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2011.

A juicio de los autores de esta obra y con base en la STS de 19 de enero de 2011, al tratarse de la adopción de medidas cautelares en el marco de un contrato administrativo no resultará aplicable el régimen general previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que requieren que la ejecución de la actividad administrativa impugnada genere una situación irreversible debido a los perjuicios de imposible o de muy difícil reparación que aquella ejecución genera y/o una apariencia de buen derecho a favor de quien pide la medida cautelar.

(1203) Para ello razona en la STS de 28 de mayo de 1999 (Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) que, aunque en el proceso contencioso administrativo la pretensión se fundamenta y formula en la demanda, sin embargo ello no excluye que la acción procesal impugnatoria del acto administrativo se haya ejercitado en el momento de interposición del recurso contencioso-administrativo, acto procesal que debe merecer la consideración de interpelación judicial a los efectos del artículo 1109 del Código Civil, no solo en cuanto que supone una clara manifestación de la voluntad de hacer efectiva, por vía judicial, la percepción de una cantidad vencida, líquida e exigible, que el acto administrativo impugnado deniega, sino porque habida cuenta que la finalidad perseguida por el citado artículo no es otra cosa que el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, al que no se le abonan unos intereses vencidos constriñéndole a iniciar un proceso jurisdiccional que podría haber sido evitado si aquellos intereses se hubieran pagado a su tiempo, y de ahí que el precepto disponga que los intereses vencidos devengaran el interés legal desde que sean judicialmente reclamados, por cuanto que a partir de ese momento se ha iniciado el proceso civil, es evidente que tal situación merecedora de indemnización se produce igualmente desde la interposición del recurso contencioso-administrativo, sin que la característica que ofrece la estructura de dicho proceso en orden a la distinción entre escrito de interposición y demanda, – ya que para la formalización de esta es necesario disponer del expediente administrativo–, impida, tal dualidad de escritos, el hecho de que con la presentación del primero de ellos se ha iniciado un proceso que podría haberse evitado si los intereses vencidos hubieran sido satisfechos en su momento.

(1204) Véase STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 de febrero de 2013.



en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.

3. Si la demora fuese superior a 4 meses (1205), el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con 1 mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento del derecho al abono al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos al amparo del artículo 208.2 de la LCSP que dispone que, salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá una serie de gastos que especifica.

En relación a dicho abono, es preciso recordar lo ya señalado en esta obra respecto a que para el abono indemnizatorio pueda llevarse a cabo es preciso que se trate de daños y perjuicios reales que sean consecuencia de la suspensión acordada administrativamente, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa (1206), cuestión que incumbe ser probada y justificada por parte del contratista, sin que sea suficiente con alegar, al amparo del artículo 130 del RGTRLCAP, un aumento de los costes indirectos.

4. Si la demora de la Administración fuese superior a 6 meses (1207), el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen (1208).

C. Transmisión de los derechos de cobro

El artículo 200 de la LCSP ha introducido una cuestión que, aunque a juicio de los autores de esta obra, pudiera resultar aparentemente superflua sin embargo sí se considera muy apropiado que sea recordada: Efectivamente, en el apartado 5, dispone que las cesiones de los derechos de cobro anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro no producirán efectos frente a la Administración, pu-

(1205) A tenor del artículo 198.8 de la LCSP, las Comunidades Autónomas podrán reducir este plazo. Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos.

(1206) STS de 1 de octubre de 2014.

(1207) A tenor del artículo 198.8 de la LCSP, las Comunidades Autónomas podrán reducir este plazo.

(1208) Artículo 213.2 de la LCSP que dispone que «El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista».

diendo oponer ésta frente al cesionario todas las excepciones causales derivadas de la relación contractual (1209).

Por lo demás, el mencionado artículo 200 recoge el tenor literal del artículo 218 del TRLCSP, en el sentido siguiente:

– Los contratistas, que tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a derecho.

– Para que la cesión del derecho de cobro sea efectiva frente a la Administración, será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión (1210). Basta para ello cualquier modo que permita acreditarlo de acuerdo a Derecho (1211). La eficacia de las segundas y sucesivas cesiones de los derechos de cobro cedidos por el contratista quedará condicionada al cumplimiento de la citada notificación.

– Una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario. Antes de que la cesión se ponga en conocimiento de la Administración, los mandamientos de pago a nombre del contratista o del cedente surtirán efectos liberatorios.

D. Responsabilidad de la administración por deudas del contratista

a) POR IMPAGO DE SALARIOS O CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como ya se acaba de señalar en esta obra, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, solo podrán ser embargados, a tenor del artículo 198.7 de la LCSP, para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos, o para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato.

(1209) En los Informes JCCA números 11/2003, de 11 de marzo, y 7/2004, de 12 de marzo, en dos casos de endoso de certificaciones futuras en un contrato de consultoría y asistencia, y de suministro financiado por medio de cesión de créditos (contrato de *factoring*), se estableció la necesidad de que se hicieran efectivas cuando se expidieran las correspondientes certificaciones y que se realizara la preceptiva notificación fehaciente a la Administración.

(1210) Dicha comunicación resulta constitutiva para la efectividad de la cesión. En relación a la diferencia fundamental entre el endoso de una certificación y el de una factura y su diferente valor jurídico, pues en este último caso no conlleva un derecho de crédito sino solamente un apoderamiento del derecho de cobranza, véase la STSJ de Murcia de 10 de mayo de 2013.

(1211) Véase, en este sentido, la STSJ de Aragón de 30 de abril de 2013, en la que plantea la validez de una certificación endosada a través de la toma de razón realizada por el Secretario del Ayuntamiento en el reverso de la misma aunque la Alcaldesa lo firmase con posterioridad. En ella se concluye la validez de la notificación efectuada por el contratista pues la única fecha válida sería la entrega del documento a un funcionario público o su incorporación a un expediente.

Pues bien, en relación a dicho asunto, surge la figura de la posible responsabilidad de la Administración, y de todas las entidades del Sector Público sean o no Poderes Adjudicadores, por posibles deudas acumuladas por el contratista en relación con la subcontratación de obras y servicios, pues todos tienen la condición de empresarios, es decir, han de representar el papel de «empleadores». Ello en modo alguno significa remisión a conceptos de Derecho Mercantil, Administrativo, Fiscal o cualquier otra rama del Derecho, sino que ha de interpretarse el término en su dimensión laboral (1212). A los efectos de la legislación laboral y de la Seguridad Social, la Administración tiene la condición de empresario cuando actúa como comitente (1213). Por ello, le resulta de aplicación el artículo 42.1 del ET y, en consecuencia, estará obligada a responder frente a los trabajadores de sus contrataciones por el impago de sus salarios y frente a la Seguridad social por el impago de las cuotas empresariales. Dicha garantía legal no puede verse orillada ni como consecuencia de la introducción en los pliegos de alguna cláusula en dicho sentido, pues el artículo 34 de la LCSP establece como límite al principio de libertad de pactos que éstos pudieran resultar contrarios al ordenamiento jurídico, término dentro del cual se encuentra la LCSP (1214).

Pues bien, el artículo 42.1 y 2 del ET (1215) señala lo siguiente:

«1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de 30 días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los 3 años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata.

(1212) Véase por todas SSTs de 15 de julio, de 27 de septiembre, de 14, 23 y 31 de diciembre de 1996, de 3 y de 18 de marzo de 1997.

(1213) STS de 24 de noviembre de 1998.

(1214) No cabe dicha excepción por la vía de los artículos 198 y 199 de la LCSP, actuales artículos 214 y 215 del TRLCSP.

(1215) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.»

De acuerdo con dicho precepto, cabe deducir que para que concurra este tipo de responsabilidad solidaria sería preciso que concurrieran los siguientes requisitos:

– Que se celebre un contrato o subcontrato, es decir, un negocio jurídico en virtud del cual se descentraliza la actividad productiva del comitente. Este requisito pudiera parecer superfluo pero no es así, a juicio de los autores de esta obra, porque suele ser frecuente la conexión de esta figura con la de la cesión ilegal de trabajadores a la que se refiere el artículo 43 del ET. En tales casos, como a continuación se analizará, lo que debe hacerse es atender a otras cuestiones, tales como, por ejemplo, que el objeto de la contrata o subcontrata sea una actividad específica diferenciable de la desempeñada por la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial (1216).

– Que el mencionado negocio tenga, en sentido amplio, por objeto la realización de obras o servicios, pues, aunque el artículo 42.1 del ET habla de la «*realización de obras o servicios*», sin embargo lo esencial es que exista un negocio jurídico que sirva de cobertura al auxilio que para su propia actividad consigue el comitente, es decir, la propia actividad del empresario principal. En caso contrario, no resultará aplicable esta responsabilidad solidaria sino subsidiaria.

Este requisito ha dado lugar a divergencias en su aplicación. Por este motivo, a juicio de los autores de esta obra, lo más prudente sería analizar si concurre un supuesto de responsabilidad analizando cada caso pormenorizadamente (1217) y teniendo en cuenta la doctrina legal del TS que señala que se entiende por «*propia actividad*», «*las operaciones laborales que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, esto es, que son inherentes a la producción de bienes y servicios es-*

(1216) SSTs de 16 de febrero de 1989, de 17 de enero 1991, de 19 de enero de 1994 y de 12 de diciembre de 1997, entre otras.

(1217) En el caso de «*contratas complejas*», cuyo objeto incluye actividades correspondientes a la propia actividad del empresario principal junto a otras ajenas al mismo, habrá que analizar cada caso concreto, aunque en la STS de 14 de julio de 1999 se señalaba que las primeras comunicarían su condición al conjunto de la contrata.



pecíficos que se propone prestar al público o colocar en el mercado» (1218), excluyendo las «*tareas complementarias o no nucleares»* (1219) en base a estas consideraciones: Por un lado, porque el Legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier cese de actividad empresarial que impediría, dejándolo en manos del empresario (1220), la aplicación del artículo 42.1 del ET cuando éste persigue exactamente lo contrario, reducir los supuestos de irresponsabilidad del empresario comitente, y, por otro, porque, de ese modo, el fundamento de la responsabilidad de la empresa o entidad comitente se relaciona con su ciclo productivo, es decir, al producto o resultado final de la misma.

El plano de aplicabilidad de los apartados 1 y 2 del artículo 42 del ET es bien diferente. Así, mientras el apartado 1 se trata de un requisito previo a la celebración de la contrata o subcontrata (1221), sin embargo el apartado 2 se refiere a la posible responsabilidad que pudiera corresponder al empresario principal una vez celebradas éstas (1222). En el caso del artículo 42.1, el empresario debería recabar por escrito, con identificación de la empresa auxiliar, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de 30 días hábiles (1223) improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad (1224) el

(1218) Se considerarán actividades referidas a la propia actividad del empresario principal, por ejemplo, las actividades de un comedor de un Colegio Mayor (STS de 24 de noviembre de 1998), o las de tendido aéreo de las líneas telefónicas (STS de 22 de noviembre de 2002), o las de transporte sanitario para un Servicio Autonómico de Salud (SSTS de 23 de enero de 2008, de 24 de junio de 2008, y de 3 de octubre de 2008).

(1219) SSTS, entre otras, de 18 de enero de 1995 (no lo serán las tareas relativas a la vigencia de las propias instalaciones), de 29 de octubre de 1998 (no lo será la encomienda por el Servicio Público de Empleo a determinadas entidades la organización de actividades formativas), de 24 de noviembre de 1998, de 10 de julio de 2000, de 22 de noviembre de 2002, y de 20 de julio de 2005 (la actividad de construcción de viviendas no constituye propia actividad para una empresa inmobiliaria dedicada a la promoción y venta de viviendas).

(1220) Cuando el empresario principal desista unilateralmente sin causa, subsistirá la responsabilidad de éste hasta la extinción natural de la obra por agotamiento de su derivación, ya que «*no puede quedar al arbitrio del empresario principal la determinación de su alcance»* (STS de 22 de enero de 1988).

(1221) Véanse las SSTS de 28 de octubre de 1996 y de 19 de mayo de 1998.

(1222) Véase el parecer del Consejo de Estado sobre la derivación de responsabilidad a la Administración por impago de las deudas salariales y con la seguridad social por parte de sus contratistas recogido en la *Memoria del año 2010*, Segunda Parte: Observaciones y sugerencia, III. La derivación de responsabilidad a la Administración por impago de las deudas salariales y con la seguridad social por parte de sus contratistas (páginas 155-175).

(1223) Los 30 días (improrrogables) han de entenderse como hábiles, pues aquí resultará aplicable, a juicio de los autores de esta obra, el régimen de cómputo de plazos previsto en el artículo 30.2 de la LPACAP.

(1224) El precepto no explica, a diferencia de lo que hace en el artículo 42.2 del ET, cuál sea tal responsabilidad. Ante tal oscuridad, no se sabe qué responsabilidad corresponderá a un empresario principal que, omitiendo la solicitud de certificación negativa u obteniéndola positiva, decide encomendar tareas auxiliares a empresa deudora de la Seguridad Social. A juicio de los



empresario solicitante por las deudas que pudiera tener el empresario auxiliar con anterioridad a la celebración del contrato o subcontrato. En el supuesto del artículo 42.2 del ET, gira en torno a las posibles deudas que el contratista o el subcontratista vayan acumulando en concepto de cotizaciones sociales (1225) u obligaciones de naturaleza salarial (1226) durante la ejecución del encargo. Para prevenir esta situación a lo largo de la ejecución del contrato, ante el silencio que guarda la LCSP, los órganos de contratación deberían incluir, a juicio de los autores de esta obra, en los pliegos de cláusulas administrativas, al amparo del principio de libertad de pactos previsto en el artículo 34 de la misma, la obligación de que la empresa auxiliar justifique mensualmente que se encuentra al corriente en el pago de sus cotizaciones sociales (1227) y obligaciones salariales. A tan fin, ante la imposibilidad material de verificar su abono y para que la justificación no consistiera en una mera declaración responsable del propio contratista o subcontratista, debería implicar la participación de algún tercero como, por ejemplo, podría ser el órgano de representación de los trabajadores de la empresa auxiliar. En el caso de que existieran deudas pendientes, en los pliegos deberían especificarse las medidas a aplicar con objeto de prevenir la situación de responsabilidad solidaria por parte del empresario principal (1228).

autores de esta obra, la responsabilidad debería ser solidaria, es decir, equivalente a la señalada en los artículos 42.2 y 43.3 del ET.

(1225) Por *«obligaciones referidas a la Seguridad Social»* habría que entender incluidos por ejemplo, a juicio de los autores de esta obra, los descubiertos por cotizaciones impagadas (incluyendo en su caso los recargos por mora en el ingreso de las cuotas adeudadas), las prestaciones a la Seguridad Social de los que hubiera sido declarado responsable el empresario contratista o subcontratista por falta de afiliación/alta y/o de cotización (SSTS de 19 de enero de 1999, de 14 de febrero de 2000, y de 6 de julio de 2005), y el hecho causante de la incapacidad temporal si se produce dentro del marco de la contrata, aunque el derecho se extinga con posterioridad a la finalización de la misma (STS de 17 de mayo de 1996). En sentido contrario, deberían quedar excluidas las mejoras voluntarias y, entre ellas, los planes de pensiones (SSTS de 19 de mayo de 1998, de 14 de febrero de 2000, y de 22 de diciembre de 2000).

(1226) En cuanto al concepto de las *«obligaciones salariales»*, habría que estar al concepto legal de salario del artículo 26.1 del ET, con exclusión de las percepciones extrasalariales a que se refiere el artículo 26.2 del ET (SSTS de 19 de enero y de 20 de mayo de 1998), incluyendo la retribución correspondiente a las vacaciones (SSTS de 23 de diciembre de 2004, de 9 de marzo de 2005, de 31 de enero, de 1 de febrero y de 24 de abril de 2006), y excluyendo las indemnizaciones correspondientes a los despidos (STS de 10 de julio de 2000), y al fin de un contrato de obra o servicio determinado o eventual (SSTS de 19 de enero y de 20 de mayo de 1998), y los salarios de tramitación en caso de despido (SSTS de 14 julio 1998, de 26 de diciembre de 2000, de 23 de enero de 2001, y de 20 de febrero de 2006).

(1227) Para dicha justificación, salvo que la Administración pudiera comprobarlo accediendo a las bases de datos de la Seguridad Social, debería incluirse la obligación de presentar, a juicio del autor de esta obra, la certificación mensual negativa de descubiertos expedida por la Tesorería General de la Seguridad Social. No cabe, en la mayor parte de las ocasiones, verificar el cumplimiento de la obligación de cotizar mediante la comprobación material de los documentos de ingreso (TC), toda vez que, de una parte, éstos han desaparecido –sin perjuicio de la existencia de los correspondientes justificantes bancarios– físicamente con la implantación del sistema electrónico de pago y, de otro lado, su examen no permite comprobar si la cotización realizada es correcta.

(1228) Piénsese que la Administración puede encontrarse en la incomodísima situación de que, después de haber pagado el precio convenido, le surgiera un sobrecoste por vía de responsabilidad solidaria para el abono de las deudas que mantiene su contratista o subcontratista con la Seguridad



En el caso de producirse un encadenamiento de contrata y siempre que se dieran las condiciones a las que se ha hecho mención con anterioridad, todas las empresas de la cadena responderán solidariamente de los incumplimientos de las empresas ubicadas en eslabones inferiores (1229).

Una cuestión muy importante es que este tipo de responsabilidad procede de lo previsto en la LCSP. Esto quiere decir que si la Administración resultase responsable de las deudas por impago de salarios o de cuotas de la Seguridad Social por parte de la empresa auxiliar, no podrá resarcirse con cargo a las garantías prestadas por ésta pues ni las cantidades pagadas traen causa directa de la ejecución del encargo sino de la Ley, ni pueden calificarse de cantidades abonadas por deficiente ejecución del contrato o de indemnización de daños a terceros. Por tanto, la Administración solamente podrá ejercer la acción de reembolso conforme a lo dispuesto en los artículos 1203, 1212 y 1158 del Código Civil.

Por último, es preciso señalar que, en caso de responsabilidad solidaria de la Administración, ésta responderá de las obligaciones de naturaleza salarial y de las referidas a la Seguridad Social durante 1 año y 3 años siguientes, respectivamente, a la finalización del encargo. Sin embargo para ello será preciso, por un lado, que el derecho exigido no hubiera prescrito por el transcurso del plazo legal establecido para cada caso (1230), y, por otro, que el plazo de prescripción se interrumpirá por el requerimiento de pago de las cuotas debidas (1231) pero no por una posible reclamación efectuada por la empresa auxiliar (1232).

Social o sus trabajadores. Véase la Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la contratación celebrada durante los ejercicios 2010 y 2011 por las Entidades Estatales que, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas señala que *«sería oportuno que la situación de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social requerida a los empresarios para poder contratar con las entidades y organismos del Sector Público (art. 60.1 d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), pudiese resultar también exigible —y así se regulase expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares— con posterioridad a la fecha de adjudicación y formalización de los contratos, como requisito para el cobro del precio del contrato y durante el período de vigencia del mismo».*

(1229) *«Tesis del encadenamiento máximo»* (SSTS de 19 de mayo de 1998 y de 9 de julio de 2002), argumentándose en esta última que *«el Art. 42.2 del ET, constituye un reflejo del principio del derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivarse del mismo, y que fue esta la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y de las «subcontratistas», dentro de cuyo último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de contratación».*

- (1230) STS de 4 de mayo de 1998.
- (1231) STS de 4 de octubre de 2004.
- (1232) STS de 20 de septiembre de 2007.



b) POR DEUDAS TRIBUTARIAS

A pesar de la innovación introducida en el artículo 140.4 de la LCSP cuando señala que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, hay, a juicio de los autores de esta obra, una mayoría de *órganos de contratación que viven en la falsa creencia de que si el contratista demostró que no tenía ninguna deuda con la Administración tributaria a la fecha del fin del período de presentación de proposiciones o solicitudes de participación o en el momento de formalizar el contrato, ello es suficiente para no entrar en mayores consideraciones a la hora de ejecutar el contrato y proceder, en su caso, al pago del precio.*

Dicha creencia, a juicio de los autores de esta obra, se fundamenta en una visión centrada en que la LCSP nada señala sobre el particular. Como ya se ha señalado en esta obra, aunque la jurisprudencia (1233) no se cansa de repetir que los pliegos son la “*Ley del contrato*”, sin embargo ello, como es natural, no puede entenderse sino en el sentido de que su poder regulador de la relación contractual está en todo momento supeditado al respeto de las reglas emanadas de las normas de rango superior, en las que ocupan la primacía las establecidas con rango de Ley, dentro de las cuales se incluye la LCSP y, por supuesto, cualquier otra que resulte de aplicación.

Ya se ha hecho mención en esta obra, por ejemplo, a la incidencia prevista en el artículo 42 del ET sobre el embargo del pago del precio para responder de las deudas por salarios o cotizaciones sociales de los trabajadores del contratista o de los subcontratistas.

Pues bien en la misma línea, ahora es preciso recordar que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en su artículo 43.1.f) dispone lo siguiente:

«1. Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades»:

«f) Las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal, por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte

(1233) SSTS 21 de diciembre de 1988, 25 de julio de 1989, de 26 de septiembre de 1989, 20 de diciembre de 1995, de 9 de marzo de 1999, y de 20 de abril de 1999.



que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación.

La responsabilidad prevista en el párrafo anterior no será exigible cuando el contratista o subcontratista haya aportado al pagador un certificado específico de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias emitido a estos efectos por la Administración tributaria durante los 12 meses anteriores al pago de cada factura correspondiente a la contratación o subcontratación.

La responsabilidad quedará limitada al importe de los pagos que se realicen sin haber aportado el contratista o subcontratista al pagador el certificado de encontrarse al corriente de sus obligaciones tributarias, o habiendo transcurrido el período de 12 meses desde el anterior certificado sin haber sido renovado.

La Administración tributaria emitirá el certificado a que se refiere este párrafo f), o lo denegará, en el plazo de tres días desde su solicitud por el contratista o subcontratista, debiendo facilitar las copias del certificado que le sean solicitadas.

La solicitud del certificado podrá realizarse por el contratista o subcontratista con ocasión de la presentación de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades a que esté obligado. En este caso, la Administración tributaria emitirá el certificado o lo denegará con arreglo al procedimiento y en los plazos que se determinen reglamentariamente».

De acuerdo con dicho precepto, será obligación del órgano de contratación comprobar que el contratista se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias (1234) mediante la exhibición de un certificado espe-

(1234) Véase Informe JCCA número 49/2005, de 19 de diciembre, en el que manifiesta dos críticas en relación a dicha obligación que se impone al órgano de contratación desde el ámbito fiscal:

– En primer lugar, en relación con la posible demora que pueda suponer dicho trámite, señala que «Con la salvedad anterior y, con carácter previo a intentar dar solución a las distintas preguntas que realiza el Ayuntamiento consultante, ha de hacerse constar el juicio negativo que merece el artículo 43.1 f) de la Ley General Tributaria desde el punto de vista de «lege ferenda» y de contratación administrativa, dado que estableciéndose la responsabilidad subsidiaria como consecuencia de no exigir a contratistas y subcontratistas certificado de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias para eludir dicha responsabilidad subsidiaria, se puede producir el efecto de demora en el pago, incluso el impago de obligaciones derivados del contrato en contradicción con el texto y finalidad de la Directiva 2000/35/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y con los de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, del mismo título por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la indicada Directiva».

– En segundo lugar, en relación a que sería complicado que el órgano recaudatorio pudiera imputar la responsabilidad subsidiaria a otro órgano administrativo, manifiesta que «En este extremo debe aclararse que la responsabilidad se extiende a las cantidades que taxativamente se determinan en el artículo 43.1 f) de la Ley General Tributaria y que existirán dificultades, sobre todo en materia de recursos y desde el punto de vista procedimental, para que un órgano de la Administración Central (el órgano recaudatorio) pueda derivar la responsabilidad a otro

cífico, emitido por la Administración tributaria durante los 12 meses anteriores a la propuesta de pago o al pago de cada factura (1235). De lo contrario, se convertirá en responsable subsidiario (1236) de la deuda tributaria del contratista.

A pesar de lo señalado, es preciso tener presente que las consecuencias no serán iguales en todos los procedimientos de pago:

– En el caso, por ejemplo, de que el pago se realizara a través de libramiento en firme a favor de proveedor se podrían evitar las consecuencias previstas en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, pues en este caso la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, como ordenador general de pagos del Estado (1237) y haciendo una consulta al Fichero Central de Gestión de los Datos de Terceros, comprobaría si el pago se encontrara sujeto a alguna incidencia (1238) y, en tal supuesto, procedería a retenerlo hasta que se liquidara la deuda pendiente.

– Ahora bien, si el pago se tramitara de acuerdo con la normativa de anticipos de caja fija la detección de las posibles incidencias no sería posible, salvo que fuese conocida por el propio cajero pagador que a su vez lo debería poner en conocimiento de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera para su alta en el Fichero Central de Gestión de los Datos de Terceros, ya que las reposiciones de crédito se efectúan directamente a favor del citado pagador por el importe total de los gastos imputables a

órgano de la misma Administración, aunque la solución o propuesta de solución no corresponda evidentemente a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa».

(1235) Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

(1236) Sobre el sentido de la expresión obras y servicios «*correspondientes a su actividad económica principal*» (primer párrafo del artículo 43.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), véanse las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos de 19 y 29 de julio, y 1 de agosto de 2005, se señala en la Resolución TACRC número 2/2004, de 16 de julio, lo siguiente:

«El concepto «actividad económica principal» a que se refiere el artículo 43, apartado 1, letra f), de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, ha de ser analizado de manera singular en cada supuesto en el que eventualmente sea de aplicación el citado precepto, debiendo utilizarse en su definición los conceptos de actividad propia e indispensable, sin que pueda excluirse a priori, con carácter general, que dentro de dicho concepto de «actividad económica principal» se incorporen las de carácter complementario a las que integran el ciclo productivo», «habrá de tenerse en cuenta, como complemento de lo anterior en la búsqueda de la concreción en cada caso del alcance del concepto «actividad económica principal» a que se ha hecho referencia, el concepto de objeto social, como definidor, a priori, de dicha actividad». «En el concepto de actividad económica principal deben incluirse las actividades que integran el objeto social, las que integren el ciclo productivo y las que resulten necesarias para la organización del trabajo. En concreto, deben entenderse incluidos los servicios que de no haber sido contratados, deberían haber sido realizados por la entidad contratante. En consecuencia, en relación con la contratación con determinadas empresas de servicios, como consultores, comisionistas y transportistas, ante la falta de información suministrada, habrá de estar a lo dispuesto en los contratos, por cuanto si el objeto del contrato pertenece al ámbito de la actividad propia del consultante, sería de aplicación lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo 43 de la Ley General Tributaria».

(1237) Artículo 75.1 de la LGP.

(1238) Apartado cuarto de la Orden PRE/1576/2002, de 19 de junio, por la que se regula el procedimiento para el pago de obligaciones de la Administración General del Estado.



los conceptos presupuestarios sujetos a dicho sistema. Esta situación tiene mucha incidencia en el caso de los contratos menores de valor estimado inferior a 5.000 euros y cuyo pago se canaliza a través del sistema de caja fija.

Por lo tanto, la obligación legal existe y debe cumplirse por parte del órgano de contratación. Ahora bien, el verdadero problema estribaría en cómo hacerlo porque podría suceder que, por ejemplo, aunque se exigiese la comprobación al contratista de estar al corriente en el pago de las deudas con la Administración tributaria en el momento de efectuar el pago, se llegara a la situación absurda de que la certificación aportada podría ser incluso anterior a la que aportó como adjudicatario en su momento (1239), toda vez que, paradójicamente, la caducidad de dicho certificado es de 6 meses mientras que, en este supuesto, se permite que sea suficiente con que tenga una vigencia máxima de 12 meses anteriores a la fecha del pago. Por ello y para salir de este vínculo vicioso, a juicio de los autores de esta obra, el órgano de contratación debería, en el momento del pago, exigir la presentación de una nueva certificación siempre que apreciara la concurrencia de un nuevo vencimiento en relación con algún impuesto que hubiera obligado al contratista a presentar una nueva declaración.

E. Caso de huelga

Para examinar la cuestión (1240), se ha de tomar como base de cualquier tipo de argumentación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las limitaciones que pueden imponerse al ejercicio del derecho de huelga en relación con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protec-

(1239) Conviene reparar en que de los certificados que ha de adjuntar el adjudicatario, a tenor del artículo 13 del RGTRLCAP, no se puede deducir que se encuentre al corriente de pago en el momento de acordar la adjudicación, ya que la certificación administrativa tendrá efectos durante 6 meses contados a partir de la fecha de su emisión, y en los siguientes términos: Respecto al Impuesto de Actividades Económicas que se encuentra dado de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato en relación a la fecha de presentación de proposiciones o de solicitudes de participación, y, en relación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para No Residentes, al Impuesto de Sociedades y al Impuesto sobre el Valor Añadido, para acreditar que no se tienen deudas en período ejecutivo en relación a las declaraciones cuyo plazo de presentación hubiese vencido en los 12 meses anteriores al mes inmediato anterior a la fecha de solicitud de la certificación. En todo caso, el aplazamiento, fraccionamiento, o la suspensión de cualquiera de los actos del procedimiento recaudatorio no se considerará como un incumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social.

(1240) *Memoria del Consejo de Estado de 2009*, Segunda Parte: Observaciones y sugerencias, Epígrafe VII. La huelga y su incidencia en el ámbito de la contratación pública, págs. 205-215, Madrid 2010.



ción (1241). En relación a dichas limitaciones, una procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad (1242).

De acuerdo con lo señalado, en lo que afecta a las posibles consecuencias del ejercicio del derecho de huelga en relación con los servicios públicos prestados por los contratistas, si el mismo se ha desarrollado respetando los servicios mínimos fijados por la autoridad competente, no puede ser considerado como un caso de fuerza mayor (1243) a los efectos de exceptuar la aplicación del principio de riesgo y ventura en el cumplimiento del contrato administrativo, ya que se trata de un suceso normal con el que deben contar las empresas, tomando las medidas de previsión oportunas. De lo anterior se deducen dos conclusiones:

– La Administración no debe indemnizar al contratista por los daños que hubiera sufrido con motivo de la huelga, es decir, no ha de resarcirle por los daños que le hubieran supuesto el mantenimiento de los servicios mínimos ya que es una carga que tiene el deber de soportar y que no puede trasladarle en concepto de responsabilidad patrimonial. Lo señalado, se fundamenta en que no se aprecia un caso de fuerza mayor según lo que ya se ha señalado, en que no concurre culpabilidad en el caso de la Administración ya que no le es imputable la causa que origina la huelga.

– La huelga produce un efectivo incumplimiento del contrato pero no permite declarar que el incumplimiento del contratista pueda ser calificado como incumplimiento contractual culpable, ya que en su comportamiento no concurre la característica esencial de la responsabilidad o culpabilidad (1244).

De acuerdo con lo señalado, cabe concluir que el incumplimiento de las prestaciones contractuales por parte del contratista, aunque traiga causa de una huelga de su personal, faculta a la Administración para descontar las cantidades que se corresponden con los servicios no prestados, toda vez que no se trata de un supuesto de fuerza mayor a los efectos de

(1241) STC de 8 de abril de 1981, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, cuya doctrina se ha recogido en varias sentencias (por todas la STC de 19 de junio de 2006).

(1242) STC de 24 de abril de 1986 señala que *«El derecho de huelga, concedido a los trabajadores para la defensa de sus intereses y constitucionalmente protegido en el artículo 28.2 de nuestra Ley Fundamental, tiene, como límite expreso en el propio texto legal, el aseguramiento de la prestación de servicios esenciales de la comunidad, función de garantía que deriva de la necesaria coordinación de los posibles intereses en juego, de manera que el derecho de los huelguistas de defender mediante este procedimiento sus intereses cede cuando con ellos se ocasiona o se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito. Según esto, el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga»* (el subrayado es de los autores de esta obra).

(1243) La fuerza mayor es un acontecimiento normalmente insólito y por eso no razonablemente previsible, caracteres que no pueden predicarse de un suceso tan habitual como una huelga que constituye un derecho fundamental de los trabajadores garantizado por la Constitución (SSTS de 30 de junio de 1987, y de 3 de mayo y de 20 de junio de 1998).

(1244) SSTS de 21 de enero de 1983, de 26 de marzo de 1987, y SAN de 22 de febrero de 2008.



exonerar del cumplimiento del contrato o determinar el derecho a una indemnización por parte del contratista. Se trata de un suceso normal con el que deben contar las empresas, que asumen como riesgo propio el que supone la no prestación del servicio.

Surge otro problema en relación a si las Administraciones pueden descontar del precio que abonan a las contratistas las cantidades abonadas a terceros que, excepcionalmente, hayan venido a prestar de servicios públicos esenciales en tanto los trabajadores de las primeras se encontraban en situación de huelga.

Evidentemente, la falta de cumplimiento no es directamente imputable al contratista sino a los trabajadores, a los que, por otra parte, no puede derivarse la acción de responsabilidad puesto que la huelga es un derecho reconocido constitucionalmente. Por consiguiente, no cabe considerar que existe incumplimiento culpable del contratista, en términos semejantes a los previstos en el artículo 213.3 de la LCSP, que prevé como efecto de la resolución la obligación de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados.

En consecuencia, se concluye que no puede repercutirse sobre el contratista el coste del servicio prestado por un tercero que lo sustituye en tanto dura la huelga.

12. PLAZO DE GARANTÍA Y RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA

Como ya se ha señalado en esta obra, la regla general (1245) es que, una vez que se ha efectuado el acto formal de recepción de conformidad por parte de la Administración, comenzará el plazo de garantía del contrato.

El artículo 210 de la LCSP, como hacía el artículo 222 del TRLCSP, recoge la indicada idea al disponer lo siguiente:

– El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación.

(1245) El último inciso del artículo 210.3 de la LCSP establece que «*Se exceptúan del plazo de garantía aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario, lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación, consignándolo expresamente en el pliego*». En el artículo 243.4 de la LCSP se dispone que «*No obstante, en aquellas obras cuya perduración no tenga finalidad práctica como las de sondeos y prospecciones que hayan resultado infructuosas o que por su naturaleza exijan trabajos que excedan el concepto de mera conservación como los de dragados no se exigirá plazo de garantía*».



– En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características.

– En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo en esta Ley o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista.

El plazo para hacer efectiva la garantía, toda vez que su naturaleza jurídica responde a un eventual resarcimiento de los daños que pueden causarse a la Administración (1246), se corresponde, salvo que en los pliegos se haya establecido algo sobre el particular, con el de la acción para reclamarlo, es decir, con la propia de las reglas generales que regulan la acción para reclamar daños y perjuicios que, de forma genérica, se contienen en el artículo 1968, párrafo 2 del Código Civil. No obstante lo señalado, si durante el plazo de garantía de un contrato administrativo se observaran vicios o defectos en la prestación imputables al contratista y la Administración contratante requiriese al contratista la subsanación de los mismos (1247), no se reanuda ese cómputo una vez efectuada la reparación.

El artículo 110 de la LCSP establece que, en su caso, la garantía definitiva responderá, en los contratos de obras, de servicios y de suministros, de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes construidos o suministrados o de los servicios prestados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato, y será devuelta o cancelada, a tenor de lo previsto en el artículo 111.1 de la LCSP, cuando se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista. Si se hubiese incurrido en demora a la hora de proceder a su devolución, se deberá indemnizar al contratista de los perjuicios que tal demora le hubiera podido ocasionar (1248).

Existen, no obstante, diferentes peculiaridades aplicables en algunos contratos administrativos:

(1246) Por todas, véase la STS de 1 de diciembre de 1988, en el que ya se afirmaba que esta garantía «*garantiza por medio de una evaluación objetiva y anticipada de los daños y perjuicios irrogados a la Administración, la eventual desatención de las obligaciones fundamentales contraídas por el adjudicatario*» ... (que) «*en suma responde del resarcimiento de los daños y perjuicios que el adjudicatario ocasionara a la Administración*».

(1247) Informe JCCA número 22/2011, de 15 de diciembre.

(1248) Véase la STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 febrero de 2013.



1. Contrato de obras:

El artículo 238.3 de la LCSP, como hacía el artículo 230.3 del TRLCSP, dispone que durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía el contratista es responsable de todos los defectos que en la construcción puedan advertirse.

El artículo 243.2 y 3 de la LCSP, reiterando el contenido del artículo 235.2 y 3 del TRLCSP, establece lo siguiente:

– Si las obras se encontraran en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta, las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía.

– El plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año salvo casos especiales.

Dentro del plazo de 15 días naturales (1249) anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si este fuera favorable, el contratista quedará exonerado de toda responsabilidad, salvo si concurriera algún vicio oculto (1250), procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de 60 días naturales (1251). En el caso de que el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía.

2. Contrato de suministro:

El artículo 305 de la LCSP dispone, al igual que se hacía en el artículo 298 del TRLCSP, lo siguiente:

(1249) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».*

(1250) Artículo 244 de la LCSP.

(1251) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».*



– Si durante el plazo de garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos en los bienes suministrados tendrá derecho la Administración a reclamar del contratista la reposición de los que resulten inadecuados o la reparación de los mismos si fuese suficiente.

– Durante este plazo de garantía tendrá derecho el contratista a conocer y ser oído sobre la aplicación de los bienes suministrados.

– Si el órgano de contratación estimase, durante el plazo de garantía, que los bienes suministrados no son aptos para el fin pretendido, como consecuencia de los vicios o defectos observados en ellos e imputables al contratista y exista la presunción de que la reposición o reparación de dichos bienes no serán bastantes para lograr aquel fin, podrá, antes de expirar dicho plazo, rechazar los bienes dejándolos de cuenta del contratista y quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho.

– Terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado reparos o denuncias artículo, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de los bienes suministrados.

3. Contrato de servicios:

El artículo 311.4 y 5 de la LCSP, como hacía el artículo 307.2 y 3 del TRLCSP, dispone lo siguiente:

– Si durante el plazo de garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos en los trabajos efectuados el órgano de contratación tendrá derecho a reclamar al contratista la subsanación de los mismos.

– Terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado reparos o denuncias, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de la prestación efectuada, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 314 y 315 de la LCSP sobre subsanación de errores y responsabilidad en los contratos que tengan por objeto la elaboración de proyectos de obras.

13. CESIÓN CONTRACTUAL

El artículo 214 de la LCSP regula, de la misma manera que hacía el artículo 226 del TRLCSP, los siguientes aspectos de la posible cesión del contrato:

1. En general, se contempla la posibilidad de que el contratista pueda, previa comunicación y aprobación expresa por parte del órgano de



contratación, ceder la ejecución, total o parcial (1252), del contrato a un tercero. Esta facultad es fruto del control que el órgano de contratación ha de ejercer sobre la ejecución del contrato, a tenor de lo previsto en el artículo 190 de la LCSP.

Sin embargo, esa invitación a la figura de la cesión contractual cuenta con una serie de limitaciones que, de concurrir, limitarían dicha posibilidad. La más importante radica, como ya se ha analizado en esta obra, en que la adjudicación del contrato se haya decidido en función de las características técnicas o personales del contratista, lo que imposibilitaría que el contratista cediera a un tercero los derechos y obligaciones dimanantes del contrato. El resto de limitaciones se refieren, por un lado, a que de la cesión resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado, y, por otro, a que la misma suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato (1253).

En este sentido, el artículo 122.2 de la LCSP, en función de la innovación que se introduce en el artículo 214.2 respecto a la necesidad de que la cesión estuviese prevista en los pliegos como una opción inequívoca, establece que en los mismos se incluirá *«la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1»*.

2. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, será necesario que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o, cuando se trate, de acuerdo con la LCSP, de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.

3. Que el cesionario tenga los requisitos de capacidad y aptitud para contratar que se hubieran exigido al cedente, es decir, que tuviera capacidad para contratar, solvencia o, en su caso, clasificación, y que no estuviera incurso en causa de prohibición de contratar.

4. Que la cesión se formalice, entre el contratista (1254) y el cesionario, en escritura pública.

(1252) Véase Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias número 5/2009, de 30 de julio.

(1253) Se trató de una novedad introducida en el artículo 226.1 del TRLCSP a instancia de la Abogacía del Estado en la JCCA sobre el borrador del mismo de 29 de junio de 2011 en base a la STJUE de 19 de junio de 2008 (Asunto C-454/06, Caso Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contra República Österreich Bund).

(1254) Como ya se señaló en esta obra a propósito del artículo 114 de la LCSP, en este artículo 214.2 d), sigue también refiriéndose indebidamente, a juicio de los autores de esta obra, al *«adjudicatario»* cuando sin embargo, ya desde la reforma propiciada por la Ley 34/2010, de 5 de

5. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente, es decir, la cesión del contrato da lugar a una novación subjetiva del cesionario en todos los derechos y obligaciones del contratista frente a la Administración contratante y a terceros.

Sin embargo, el mencionado artículo 214 de la LCSP introduce en esta materia las siguientes novedades:

1. Establece una diferencia fundamental respecto a lo señalado en el TRLCSP ya que, para que pueda realizarse la cesión del contrato, deberá estar prevista en los pliegos como una opción inequívoca.

Los pliegos deberán contemplar, como mínimo, que la autorización previa y expresa del órgano de contratación se otorgue siempre que se den los requisitos siguientes:

– Que el cesionario, matiza, ha de tener, en función de la fase de ejecución del contrato, los mencionados requisitos de capacidad y aptitud para contratar.

– Que el cedente, como ya se ha señalado, tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o, cuando se trate, de acuerdo con la LCSP, de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito:

- Si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.
- Si ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.

El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de 2 meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo positivo (1255).

agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, debería referirse al contratista y no al adjudicatario.

(1255) Supone una excepción, por expresa disposición de la LCSP, a lo previsto en la disposición final cuarta.2 de la misma, sobre normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados, que dispone que *«En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver»*.



2. La cesión del contrato supone la principal modificación subjetiva de los contratos (1256). Aparte de ella podrá llevarse a cabo la sucesión del contratista, en los supuestos previstos en el artículo 98 de la LCSP, y la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria, en virtud de lo previsto respectivamente en los artículos 274.2 y 275 de la LCSP (1257).

3. Para ello, como ya se ha señalado, no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato, sin perjuicio de que el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario puedan solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada (1258).

4. Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad, así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización por parte del órgano de contratación. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.

En este sentido, los artículos 250.1.c) y 285.1.e) de la LCSP dispone, respectivamente para el contrato de concesión de obras y de servicios, que los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán hacer referencia, al menos, a la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 214, así como de las participaciones en la sociedad concesionaria cuando se constituyera una sociedad de propósito específico por los licitadores para la ejecución del contrato. Asimismo, establecerán criterios para la determinación de cuán-

(1256) Desde otro punto de vista, el artículo 203.1 de la LCSP dispone que «*Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207*».

(1257) Conocida como «*Step to Right*».

Véase <http://www.uria.com/documentos/circulares/941/documento/7153/Novedades-LCSP.pdf>

(1258) A juicio de los autores de esta obra, la referencia que hace el artículo 214.1 párrafo segundo al apartado 2.b) del mismo precepto, ha de entenderse hecha al segundo párrafo de dicho apartado.



do la cesión de las participaciones deberá considerarse por suponer un efectivo cambio de control y, en el caso de que estuviera justificado por las características del contrato, se establecerán también mecanismos de control para cesiones de participaciones en la sociedad concesionaria que no puedan equipararse a una cesión del contrato. En todo caso se considerará que se produce un efectivo cambio de control cuando se ceda el 51 por ciento de las participaciones.

Por su parte el artículo 285.1.e) párrafo segundo de la LCSP añade que, en los casos en que la concesión de servicios se refiera a servicios públicos, lo señalado en el párrafo anterior se realizará de acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio a que se refiere el artículo 284.2 de la LCSP.

14. SUBCONTRATACIÓN

A. Introducción

Desde un punto de vista económico la subcontratación se incluye en la propia actividad de decisión empresarial, en tanto que exige optar entre «*hacer*» con recursos propios o «*comprar*» en el mercado (1259). La constante inquietud empresarial para tratar de aumentar la competitividad lleva a arbitrar otros mecanismos ajenos a su capacidad productiva para reducir los costes y los riesgos (1260).

Para alcanzar dichos objetivos, los contratistas cuentan con la posibilidad de impulsar dos estrategias diferentes, o bien la creación de grupos de empresas (1261), o bien adoptar la decisión de celebrar contrataciones

(1259) Véase HERNÁNDEZ GARCÍA, C., «Descentralización productiva en la empresa», *Boletín Económico del ICE* número 2785, noviembre de 2003, página 3, sobre las características que diferencian la subcontratación de la cesión de mano de obra ilícita, prohibida por el artículo 43 del ET.

(1260) Es en definitiva la llamada «*descentralización productiva*» que tiene una finalidad esencial desvincular parte del proceso productivo del control directo del contratista que, sin embargo, asume su resultado final. En consecuencia, origina simultáneamente una expansión de su dimensión productiva y un adelgazamiento en sus estructuras. El objeto es claro, se quiere lograr una mayor cuota de mercado (expansión de la dimensión empresarial) y, a la vez, conseguir estos mismos resultados con una minoración en las plantillas de trabajadores propios (adelgazamiento de estructuras).

(1261) Son empresas paralelas o filiales a la principal, especializadas en determinadas fases del proceso productivo y a las que se asignan las actividades que se descentralizan. A ellas se refiere, por ejemplo, el artículo 149.3 de la LCSP cuando al hilo de las ofertas anormalmente bajas señala que, cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurran en unión temporal.



externas (1262) para integrar su actividad productiva, es decir, subcontratar la realización parcial de determinados objetos contractuales.

No obstante, una vez que se opta por subcontratar, ha de tenerse siempre en cuenta que el contratista será el único responsable de la correcta ejecución del contrato ante la Administración, con independencia de que una parte de su objeto se desarrolle por el subcontratista. Ello será una constante, a pesar de la comunicación o, en su caso, de la autorización expresa otorgada por la Administración que, en ningún caso, alterará la responsabilidad exclusiva del contratista principal, ya que deberá ejecutar el contrato de acuerdo con lo previsto en los pliegos y en el contrato (1263).

B. Naturaleza jurídica

La LCSP, en su artículo 215.7 ha recuperado lo que se establecía en el artículo 116.5 párrafo segundo del TRLCAP al señalar que los subcontratos y los contratos de suministro a que se refieren los artículos 215 a 217 de la LCSP tendrán en todo caso naturaleza privada, con características propias de la teoría general de las obligaciones y de algunos contratos específicos, como el de arrendamiento o el de mandato.

Realmente, la naturaleza jurídico-privada del subcontrato se desprende de lo dispuesto en el artículo 215.4, párrafo primero de la LCSP, al disponer que los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201 de la LCSP.

Así pues, la relación jurídica que supone el subcontrato resultará absolutamente distinta de la que subyace en el contrato público. De lo señalado se derivan las siguientes notas:

– El subcontratista, aunque es un tercero para la Administración, no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal, en el que

(1262) Para esta tarea se utilizan instrumentos y proyecciones, como la de la «Teoría de los Costes de Transacción» (formulada en 1937 por COASE, R., «The nature of the firma», *Económica*, Vol. 4, pp. 386-405), que justifica la existencia de empresas afirmando que las transacciones de mercado, gobernadas por el sistema de precios, generan unos costes que pueden ser reducidos formando una organización y atribuyendo al empresario la tarea de asignar los recursos. Ver también LÓPEZ CAMPO, A., y ROSELL MARTÍNEZ, J., «La Subcontratación y teoría de los costes de transacción, valoraciones de la incertidumbre para las empresas manufactureras españolas», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 16, número 3 (2007), pp. 9-22), y GUERRA, A., Macía, A. y Delgado, A., «La externalización, una realidad integrada en la gestión de la empresa», *Economía Industrial* número 360, 2006, pp. 163 a 174).

(1263) Artículo 215.4 de la LCSP. En relación con el precepto, véase la SAN de 12 de junio de 2013.



solo existen dos partes en relación, y los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos de los que debe responsabilizarse (1264).

– El contratista es el único responsable ante la Administración de la gestión del servicio, sin perjuicio claro está de las obligaciones del tercero o subcontratista con el contratista principal (1265).

Su naturaleza jurídico-privada es el argumento principal que suele manejarse para objetar y, en todo caso, limitar el alcance de la regulación de la subcontratación que pueda establecer la legislación de contratos de las administraciones públicas. Según tales planteamientos, la sujeción de la subcontratación a determinados requisitos, condiciones y, sobre todo, garantías de pago, desnaturalizan la relación contractual privada al situarla, en cierto modo, en el ámbito público. Se trata, no obstante, de una objeción infundada, porque, aun sin dejar de ser un contrato privado entre particulares, el subcontrato guarda, como ya he dicho, directa incidencia en la ejecución del contrato administrativo. Un hecho suficiente por sí solo para que, en orden a asegurar el efectivo cumplimiento o realización de éste, puedan incorporarse determinados requisitos y condiciones en la celebración de aquél. Con ello no se altera la relación jurídico-privada que surge del subcontrato, manteniéndose, además, plenamente diferenciadas las responsabilidades derivadas, por una parte, del subcontrato, y por otra, del contrato administrativo (1266).

Desde el punto de vista de las normas administrativas, se define al subcontratista en el artículo 3.f) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, como «*La persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución*». A tenor del artículo 4 de la mencionada Ley, para que el subcontratista pueda desarrollar su actividad será preciso que asuma los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de su actividad empresarial, que posea una organización productiva propia, y que ejerza directamente las facultades de dirección y organización sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra, o que, tratándose de trabajadores autónomos, ejecute el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado.

(1264) STS de 10 de febrero de 1990.

(1265) STS de 18 de diciembre de 1996.

(1266) FERNÁNDEZ FARRERAS, G., «Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público», *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Zaragoza 2009.



C. **Ámbito de aplicación**

En el Preámbulo de la LCSP se señala que, como medidas en beneficio de las PYMES, se incluyen, aparte de las medidas que ya aparecían dentro de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, las relativas a la obligación que pende sobre el órgano de contratación, en los contratos obras y de servicios que más frecuentemente acuden a la subcontratación, de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones Públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

A tal fin, las normas relativas a la subcontratación recogidas en la LCSP resultarán de aplicación en estos casos (1267):

– En los contratos administrativos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador.

– En los contratos privados celebrados por las siguientes entidades:

- Por una Administración Pública-Poder Adjudicador cuando su objeto sea alguno de los incluidos en los números 1.º y 2.º de la letra *a*) del artículo 25 de la LCSP, es decir, contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3, y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6, y aquellos cuyo objeto sea la sus-

(1267) La disposición adicional primera.4 de la LCSP, sobre contratación en el extranjero, dispone que *«Las reglas contenidas en este artículo no obstan para que, en los contratos sujetos a regulación armonizada que se formalicen y ejecuten en los restantes Estados miembros de la Unión Europea o en un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, deban cumplirse las normas de esta Ley referentes a la publicidad comunitaria; los procedimientos de adjudicación de los contratos; régimen de modificaciones contractuales; subcontratación; control del cumplimiento de las obligaciones sociales, medioambientales y laborales aplicables; la resolución como consecuencia de una modificación esencial durante la ejecución del contrato y a la declaración de nulidad del contrato como consecuencia de hallarse incurso el adjudicatario en causa de prohibición para contratar cuando celebró el contrato o como consecuencia de un incumplimiento grave del derecho de la Unión Europea».*

cripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (1268), siempre que se encuentren sujetos a regulación armonizada (1269).

- Por una No Administración Pública-Poder Adjudicador (1270).

Asimismo, es preciso señalar que la LCSP recoge diferentes aspectos colaterales que deben ser conocidos por el órgano de contratación a la hora de definir, en la fase interna del contrato, su estrategia contractual:

– En el artículo 145.2 párrafo quinto, se permite la posibilidad de que una subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción pueda ser considerada como criterio de adjudicación cualitativo de carácter social dentro del sistema de calidad-precio.

– En el artículo 149.4 de la LCSP dispone que cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, podrá pedir justificación a estos licitadores sobre el respeto de obligaciones relativas a la subcontratación, rechazando aquellas ofertas que vulneren esta normativa.

D. Régimen jurídico

La subcontratación se regula en los artículos 215 a 217 de la LCSP, dentro de la Subsección 6.^a «*Cesión de los contratos y subcontratación*», Sección 3.^a «*De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*», Capítulo I «*De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas*», Título I «*Disposiciones generales*», Libro Segundo «*De los contratos de las Administraciones Públicas*» de la LCSP.

Lo mismo que ya se ha señalado respecto a la cesión contractual a propósito del artículo 214 de la LCSP, el artículo 215.1 párrafo primero establece una diferencia fundamental respecto a lo señalado en el TRLCSP ya que, para que pueda realizarse la subcontratación del contrato, ésta deberá estar prevista en los pliegos (1271), salvo que la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el contratista (1272).

(1268) Disposición adicional novena de la LCSP sobre Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

(1269) Artículo 26.2 párrafo segundo de la LCSP.

(1270) Artículos 26.3 y 319.1 de la LCSP.

(1271) Véase la Resolución del TACRC número 187/2012, de 6 de septiembre.

(1272) Artículo 215.2, *d*) y *e*) de la LCSP que se refieren respectivamente a los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias, o a tareas críticas en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro que deban ser ejecutadas directamente por el contratista principal.



En relación con esta facultad que se reconoce al órgano de contratación, es necesario matizar que, dada la posición favorable a su admisión que inspira la normativa comunitaria, resulta aconsejable que la prohibición total de subcontratar se justifique adecuadamente en el expediente en la medida que pudiera resultar contraria al espíritu de la LCSP (1273).

El mencionado artículo 215 de la LCSP mantiene, respecto de lo que se establecía en el artículo 227 del TRLCSP, los siguientes aspectos:

1. La subcontratación se podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación (1274). En relación al contrato de concesión de servicios, el artículo 296 de la LCSP dispone, como lo hacía el artículo 289 del TRLCSP, que la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.

2. Su celebración estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

– Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

– En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia.

A tal fin, los subcontratos que no se ajustaren a lo indicado en la oferta no podrán celebrarse hasta que transcurran 20 días naturales (1275) desde que se hubiese cursado la notificación el escrito la intención de celebrar los subcontratos y aportado las justificaciones señaladas, salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas

Se podría tratar, por ejemplo, de alguna cláusula del tipo *«De conformidad con el artículo los trabajos será ejecutados directamente por la empresa adjudicataria del contrato, sin que exista posibilidad de subcontratación»*.

(1273) Véanse las Resoluciones del TACRC números 158/2012, de 30 de julio, y 187/2012, de 6 de septiembre.

(1274) Véanse la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León número 8/2015, de 21 de enero, y STJUE de 14 de julio de 2016, a partir de la cual desaparece el límite cuantitativo para la subcontratación.

(1275) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.



hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

3. En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

4. Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato (1276).

5. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 71 de la LCSP.

6. El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

Junto con esta línea continuista, el artículo 215 de la LCSP incorpora, sin embargo, la referencia que se hacía en el artículo 226 del TRLCSP respecto a la cesión contractual aplicándola ahora a la subcontratación y señalando que en ningún caso podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, matizando que ello será así sin perjuicio de lo establecido respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

Por el contrario, el mencionado artículo 215 de la LCSP introduce las siguientes novedades:

1. Señala que la obligación que pende sobre el contratista de comunicar por escrito la intención de celebrar los subcontratos deberá realizarse cuando, a juicio de los autores de esta obra, los pliegos no hubieran previsto que los licitadores deberían indicar en la oferta la parte del con-

(1276) El artículo 215.4 párrafo segundo de la LCSP dispone que esta responsabilidad no se verá afectada por el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refiere el artículo 215.2 letras *b)* y *c)*, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en el artículo 215.*d)* de la LCSP.



trato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de éste.

Señala que en dicha comunicación deberá señalar los datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista.

El contratista principal deberá notificar por escrito al órgano de contratación cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

2. Deberá acreditarse que el subcontratista no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71 del LCSP.

3. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia será suficiente para acreditar la aptitud del mismo a diferencia de lo que señalaba el artículo 227.2.b) del TRLCSP que disponía que eximiría al contratista de la necesidad de justificar la aptitud del subcontratista.

4. Señala que, de conformidad con lo establecido en el artículo 75.4 de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser éstas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

5. La infracción de las condiciones establecidas en la LCSP para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, tendrá, entre otras previstas en la LCSP, la que ya se preveía en el artículo 227.3 del TRLCSP en orden a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por ciento del importe del subcontrato (1277), y, además, la resolución del contrato por incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales en los términos previstos en el artículo 211.1.f) párrafo segundo de la LCSP, en función de la repercusión en la ejecución del contrato.

(1277) Sobre esta cuestión véase la postura de oposición que siempre mantuvo la JCCA (por todos Informe número 56/2010, de 28 de octubre de 2011) en relación a que «los órganos de contratación pudieran establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de ejercitar potestad alguna de disposición sobre la retribución del contratista con objeto de atender o asegurar los pagos de éste a los subcontratistas».

6. Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201 de la LCSP.

7. Los subcontratos y los contratos de suministro a que se refieren los artículos 215 a 217 tendrán en todo caso naturaleza privada.

8. Los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos (1278), salvo en el caso de que en los pliegos se prevea que se realicen pagos directos a los subcontratistas (1279).

E. Pagos a subcontratistas y suministradores

El artículo 216 de la LCSP aunque continua confiriendo la tutela del régimen de pagos entre contratista y subcontratista al órgano de contratación, cosa que siempre se tildó de improcedente (1280) pues la relación que subyace en el subcontrato, como ya señala el artículo 215.7 de la LCSP, es de naturaleza estrictamente privada (1281), sin embargo ha introducido una modificación que representa, a juicio de los autores de esta obra, un paso atrás para los intereses de los subcontratistas y, por ende, para la buena marcha de la ejecución del contrato.

El apartado 2 del mencionado artículo 216 dispone que los plazos de pago del precio fijados entre el contratista y los subcontratistas o suministradores no podrán ser más desfavorables que los previstos en la

(1278) Existen algunas SSTs en las que se admite dicha posibilidad, por ejemplo por todas las de 16 de julio de 2003, de 24 de enero de 2006 y de 17 de julio de 2007 pero la postura mayoritaria siempre ha denegado el ejercicio de acción directa al subcontratista frente a la Administración por incumplimientos en que hubiera podido incurrir el contratista. Véanse Informes JCCA números 71/2009, de 23 de julio de 2010, y 36/2011, de 15 de diciembre, y, a título de ejemplo, la STSJ de la Comunidad de Madrid de 6 de septiembre de 2012 (en relación al pago por el órgano de contratación de tres pagarés que le fueron entregados por el contratista y que no pueden ser abonados por éste al estar incurso en un procedimiento concursal), a la que se refiere la STSJ de Castilla y León de 4 de junio de 2013, y la SAN de 12 de junio de 2013 (declaró la obligación de la Administración de abonar el importe de dos unidades climatizadoras a un subcontratista que siguiendo órdenes del contratista procedió a instalarlas una vez que se hubiera declarado la resolución contractual y la incautación de la garantía definitiva).

(1279) Disposición adicional quincuagésima primera de la LCSP.

(1280) Los autores de esta obra comparten el criterio negativo a tales críticas formulado por FERNÁNDEZ FARRERAS, G., «Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público», *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Zaragoza 2009.

(1281) Véanse SAN de 18 de mayo de 2007, SSTs de 10 de febrero de 1990 y de 18 de diciembre de 1996, e Informe JCCA número 62/2006, de 26 de marzo de 2007.



Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Con esta redacción, a diferencia de lo que pasaba con el artículo 228.2 del TRLCSP que se refería al artículo 216.4, es decir, a lo que ahora en la LCSP es el artículo 198.4, que equiparaba el plazo general de pago de la Administración al contratista al que debía respetar ésta a la hora de pagar a los subcontratistas o suministradores (30 días naturales siguientes), ahora, al efectuarse una remisión genérica a la citada Ley 3/2004, ese automatismo ha perdido su operatividad. Efectivamente, el artículo 4 establece lo siguiente:

– El plazo de pago que debe cumplir el deudor, si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, será de 30 días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad.

Los proveedores deberán hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a sus clientes antes de que se cumplan 15 días naturales a contar desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o de la prestación de los servicios salvo que se hubiera dispuesto, legal o contractualmente, un procedimiento de aceptación o de comprobación de conformidad de los bienes o los servicios en cuyo caso dicho plazo no podrá exceder de 30 días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o de la prestación de los servicios.

– No obstante, los plazos de pago indicados podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales.

Ello quiere decir, a juicio de los autores de esta obra, que mientras que para el pago de la Administración resulta plenamente operativo el plazo de 30 días previsto en el artículo 198.4 de la LCSP, el contratista podría pactar con el subcontratista o suministrador un plazo específico para efectuar el pago o bien referirse a hacerlo de acuerdo con la mencionada Ley 3/2004. En cualquiera de los dos casos, se produciría una desfase entre el pago administrativo y el pago al subcontratista o suministrador lo que, seguramente, hará que el contrato administrativo se resienta en su ejecución.

A juicio de los autores de esta obra, la única solución sería que en los pliegos cuando, en su caso, se disponga la posibilidad de subcontratar, se señale, a tenor del artículo 4.1 de la Ley 3/2004, que permite que se fije el plazo de pago en el contrato, y de la parte final del artículo 216.2 de la LCSP, que el mismo deberá hacerse en el plazo de 30 días a contar desde la fecha de aceptación o verificación de los bienes o servicios por el

contratista principal, siempre que el subcontratista o el suministrador hayan entregado la factura en los plazos legalmente establecidos. De este modo, aunque el artículo 216.3 prevé un plazo máximo de 30 días naturales para que se lleve a cabo dicha la recepción del contrato, por cierto coincidente con el que se establece en el artículo 210.2 de la LCSP, se conseguirá que no se apliquen plazos de pago a los subcontratistas o suministradores más desfavorables que los que se aplican entre la Administración y el contratista principal.

Con objeto de agilizar el proceso de pago, el artículo 216.5 de la LCSP establece como novedad que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 69 bis del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (1282), sobre plazos para la remisión electrónica de los registros de facturación, los subcontratistas que sean sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica que carezcan de nacionalidad española, y UTE (art. 4.1 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector público), deberán utilizar en su relación con el contratista principal la factura electrónica, cuando el importe de la misma supere los 5.000 euros (1283), que deberán presentar al contratista principal a través del Registro Electrónico Único, que se cree por el Ministerio de Hacienda y Función Pública antes del 30 de junio de 2018, y que trasladará las mismas al destinatario conforme a la configuración para recibir las facturas electrónicas que consignen en el directorio de empresas (1284). En supuestos distintos a los señalados, será facultativo para los subcontratistas la utilización de la factura electrónica.

En caso de demora en el pago de acuerdo con lo señalado, el artículo 216.4 de la LCSP, que reitera lo que disponía el artículo 228.4 del TRLCSP, dispone que el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (1285).

(1282) Dirección General de Tributos, consulta vinculante número V2628/17, de 13 octubre de 2017.

(1283) El último párrafo del artículo 216.5 de la LCSP dispone que «*La cuantía de 5.000 euros se podrá modificar mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública*».

(1284) Disposición adicional trigésima segunda de la LCSP sobre obligación de presentación de facturas en un registro administrativo e identificación de órganos.

(1285) Se planteó si en caso de demora en el pago por parte de la Administración era oportuno no proceder al abono de intereses por el hecho de que el contratista se encontrara a su vez en mora en hacer frente al pago de las obligaciones que tuviese con sus subcontratistas y suministradores. En relación a dicho asunto, la JCCA en su Informe número 54/2005, de 19 de diciembre, se manifestó en sentido negativo porque no existe ninguna norma que supedite el pago de los intereses de demora a

Para finalizar, el apartado 6 del artículo 216 de la LCSP se encarga de recalcar el carácter no dispositivo de los derechos reconocidos al subcontratista o suministrador por el mencionado precepto, al disponer que no podrá renunciar a los mismos ni antes ni después de adquirir tal condición. En este sentido, señala que no resultará aplicable lo previsto en el artículo 1.110 del Código Civil que establece que el recibo del capital por el acreedor o del recibo del último plazo, sin reserva alguna, extinguirá, respectivamente, la obligación del deudor en cuanto a los intereses o las obligaciones derivadas de los plazos anteriores. A juicio de los autores de esta obra, con independencia de la procedencia de realizar una remisión al mencionado artículo 1.110 que, como se acaba de señalar, tiene un ámbito objetivo limitado, debería haberse hecho mención a la aplicabilidad del artículo 6.2, también del Código Civil, que señala que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros (1286).

En cuanto a la tutela del régimen de pagos entre contratista y subcontratista por parte del órgano de contratación, a la que ya se ha hecho referencia con motivo de los comentarios al artículo 216 de la LCSP, el artículo 217 da un paso más confiándole en unos casos la obligación, como novedad en su apartado 2 respecto de lo que se establecía en el artículo 228 bis del TRLCSP, y en otros la posibilidad de llevar a cabo actuaciones de comprobación de los pagos que realice el contratista a los subcontratistas o suministradores (1287), como se recogía en el citado artículo 228 bis (1288).

A tenor del artículo 217.2 párrafo primero de la LCSP, se dispone que las actuaciones de comprobación y de imposición de penalidades serán obligatorias para las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes, en los contratos de obras y en los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 5.000.000 de euros y en los que el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30 por ciento del precio del contrato (1289), en relación a los pagos a subcontratistas que hayan asu-

la comprobación de que el contratista ha cumplido sus obligaciones de pago con los subcontratistas y suministradores, ni los pliegos de cláusulas administrativas pueden exigir al contratista que deba presentar una relación detallada de los subcontratistas y suministradores, con indicación de partidas subcontratadas y su cuantía, y declaración de que no se les adeudan demoras.

(1286) Por todas, STS de Sentencia núm. 609/2017 de 15 noviembre.

(1287) Esta facultad se extiende, a tenor del artículo 227.1 de la LCSP, a todos los contratos públicos sean administrativos, celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador, como privados, realizados por una No Administración Pública-Poder Adjudicador como por un No Poder Adjudicador.

(1288) Vigente desde el 29 de septiembre de 2013 con motivo de la adición producida por el artículo 47.3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

(1289) Aunque el artículo 217.2 párrafo primero de la LCSP no señala nada, a juicio de los autores de esta obra, debe entenderse que, al amparo del tenor literal del propio precepto, debería considerarse el precio del contrato IVA excluido.



mido contractualmente con el contratista principal el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra (1290).

En el resto de contratos, que no reúnan las condiciones señaladas en el artículo 217.2 párrafo primero de la LCSP, no existirá la obligatoriedad de llevar a cabo tales actividades de comprobación por parte de los contratistas (1291). Para que ello sea efectivo, será necesario, como señala el último inciso del artículo 227.1 de la LCSP, que se incluya, como condición especial de ejecución, en los pliegos, en el anuncio de licitación o en los contratos con las consecuencias que se prevén en el artículo 192 de la LCSP.

Añade respecto de lo que se señalaba en el artículo 228 bis párrafo segundo del TRLCSP, que de esas posibles penalidades responderá la garantía definitiva. Esta aseveración requiere que, a juicio de los autores de esta obra, se matice en el sentido de que ello será así, a tenor del artículo 110.b) de la LCSP, siempre que se hubiese exigido pues el párrafo segundo del artículo 107.2 de la citada Ley permite que, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación pueda eximir al adjudicatario de la obligación de constituir dicha garantía, justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio, contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social, así como en los contratos privados de la Administración a los que se refieren el artículo 25.1.a) puntos 1.º y 2.º de la LCSP.

Para ello, cuando se le solicite, el contratista remitirá a la entidad contratante la siguiente documentación:

- Una relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato.
- Las condiciones de subcontratación o suministro de cada subcontratista o suministrador que guarden una relación directa con el plazo de pago.
- El justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 216 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por

(1290) El párrafo segundo del artículo 217.2 de la LCSP dispone que «Mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, a propuesta de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, podrá ampliarse el ámbito de los contratos en los que estas actuaciones de comprobación e imposición de penalidades previstas en el apartado 1 sean obligatorias».

(1291) Aunque el artículo 227.1 continúa refiriéndose, como hacía el artículo 228 bis.1 del TRLCSP, a los «contratistas adjudicatarios», a juicio de los autores de esta obra, debe entenderse realizada a los «contratistas» ya que éstos, por naturaleza, previamente y de modo obligado han pasado por ser adjudicatarios. Por tanto, se considera que es una reiteración innecesaria.



la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en lo que le sea de aplicación. En este particular se observa, a juicio de los autores de esta obra, una falta de coherencia con lo dispuesto en la propia LCSP pues si el artículo 217.1 se encarga de dejar claro que este sistema de control podrá efectuarse en cualquier contrato público, incluido un No poder Adjudicador, no se entiende cómo se hace expresa mención a un artículo, como el 216 de la LCSP, que, a tenor del artículo 322 de la citada Ley, no resulta aplicable a estas entidades.

F. Pagos directos a los subcontratistas

Como ya se ha señalado a tenor del artículo 215.8 de la LCSP, los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos (1292), sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera de la LCSP, sobre pagos directos a los subcontratistas o suministradores, que, de modo totalmente novedoso, prevé lo siguiente:

- El órgano de contratación podrá prever en los pliegos de cláusulas administrativas que se realicen pagos directos a los subcontratistas.
- Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la Administración contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra.
- En ningún caso será imputable a la Administración el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal a la factura presentada por el subcontratista.
- El subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrán ceder sus derechos de cobro conforme a lo previsto en el artículo 200 de la LCSP.

(1292) Recoge lo previsto en el artículo 1.717 del Código Civil en relación al contrato de mandato cuando dispone lo siguiente:

«Cuando el mandatario obra en su propio nombre el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo.

Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario».



La mencionada disposición adicional acaba disponiendo que se autoriza al Ministro de Hacienda y Función Pública para desarrollar, en el ámbito del sector público estatal, las previsiones contenidas en los apartados anteriores relativas a las características de la documentación que debe aportarse, el régimen de notificaciones, y el de certificaciones, operativa contable y facturación.



QUINTA PARTE

POSIBILIDADES ESTRATÉGICAS QUE OFRECE LA INTRODUCCIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

A. Antecedentes

El principal foco de críticas a la Contratación Pública siempre se ha centrado, entre otras cuestiones, en su excesiva rigidez al impedirse el uso de medios electrónicos que permitirían aportar ventajas en materia de publicidad, notificaciones y reducción de plazos para la presentación de proposiciones. Por este motivo la Comisión Europea, en su Comunicación 11 de marzo de 1998, sobre «*La Contratación Pública en la Unión Europea*» (1293), interesó la modificación de las Directivas de obras, suministros y servicios con el propósito de que los poderes adjudicadores pudiesen acceder a la utilización de técnicas de compras dotadas de mayor flexibilidad.

(1293) COM (98) 143. «[...] las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación en la contratación pública resultan fundamentales para facilitar el funcionamiento y eficacia de los procedimientos contractuales».



La Comunicación de la Comisión de 26 de septiembre de 2003, sobre «*El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*» (1294), llegó a señalar que, ante la falta de normativa que regulara la Contratación Pública electrónica, sería una buena oportunidad aprovechar la próxima adopción definitiva del paquete de directivas sobre Contratación Pública (1295), para incluir normas específicas sobre la Contratación Pública Electrónica. Posteriormente muchas otras disposiciones de la Unión Europea y de la Comisión se refieren a la necesidad de avanzar en este ámbito, estableciendo incluso un Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la Contratación Pública electrónica (1296), junto a Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo (1297). Todas las medidas apuntaban a la necesidad de la puesta en marcha de estas técnicas electrónicas para ampliar la competencia y mejorar la eficacia del sistema público de compras, mediante el ahorro de tiempo y dinero, y emplazaban a los poderes adjudicadores para utilizar técnicas electrónicas siempre que se respetasen los principios básicos de la Contratación Pública, así como la igualdad de trato, la no discriminación y la transparencia.

No obstante lo anterior, y en contra de lo parecía ser una voluntad decidida de la Comisión, en la Directiva 2004/18/CE (1298) se estableció la no obligatoriedad de que ni la subasta electrónica ni los sistemas dinámicos de adquisición se hubieran de trasponer, por el momento, a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Temor que sigue vigente en la LCSP.

En la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sin embargo, el Legislador traspone ambas figuras de Contratación Pública Electrónica pero, curiosamente, hace depender su aplicación de la naturaleza de los entes, organismos y entidades del Sector Público a tenor de lo previsto en la propia Ley. La conclusión es, como ya se ha adelantado, verdaderamente paradójica: La Contratación Pública Electrónica solamente se aplicará a una Administración Pública-Poder Adjudicador a los efectos de la nueva normativa, hoy recogida en igual forma por el TRLCSP, y a los contratos privados «*típicos*» sujetos a regulación armonizada celebrados por los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públi-

(1294) COM (2003) 0567 final.

(1295) Las que, con el paso del tiempo, acabaron siendo las Directivas 2004/18/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y 2004/17/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

(1296) COM número 623, de 29 de diciembre de 2004; COM número 535, de 25 de octubre de 2005.

(1297) CESE número 193, de 26 de abril de 2001; CESE 2006/C110/14, de 16 de marzo de 2006.

(1298) Considerando 16 Directiva 2004/18/CEE.

cas. Nada más que en estos casos con carácter taxativo y obligatorio, salvo que el resto de los entes, organismos y entidades que componen el Sector Público decidieran, facultativamente, poner en funcionamiento dichos sistemas a tenor de la facultad de autorregulación que se les reconoce en la fase de adjudicación contractual (1299).

Además de la situación señalada en los párrafos anteriores, conviene dejar expresa constancia de que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, pese a ser coetánea, no representó, para la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley, un avance significativo respecto a los postulados que ya incorporó la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en lo sucesivo, LAE), resultando, además, que la mayoría de sus principios no hacen sino reiterar los contenidos en el artículo 4 de ésta (1300).

(1299) Artículos 191 y 192 del TRLCSP.

(1300) La disposición adicional decimosexta, en sus apartados 1.a) («Los medios electrónicos, informáticos y telemáticos utilizables deberán ser no discriminatorios, estar a disposición del público y ser compatibles con las tecnologías de la información y de la comunicación de uso general»), c) («Los programas y aplicaciones necesarios para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación») y h) («Las referencias de esta Ley a la presentación de documentos escritos no obstarán a la presentación de los mismos por medios electrónicos. En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la firma electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas; de no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, autenticadas con la firma electrónica reconocida del órgano administrativo habilitado para su recepción surtirán iguales efectos y tendrán igual valor que las copias compulsadas de esos documentos»), hace referencia al principio de no discriminación entre los ciudadanos y al principio de igualdad reconocidos en la LAE, con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos. El apartado 1.d) («Los sistemas de comunicaciones y para el intercambio y almacenamiento de información deberán poder garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos y que solo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos, o que en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. Estos sistemas deberán asimismo ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos»), se relaciona directamente con la necesaria generación de confianza y con el principio de seguridad en la implantación y utilización de los medios electrónicos por las Administraciones Públicas. El apartado 1.e) («Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones, notificaciones y envíos documentales entre el licitador o contratista y el órgano de contratación deben poder acreditar la fecha y hora de su emisión o recepción, la integridad de su contenido y el remitente y destinatario de las mismas. En especial, estas aplicaciones deben garantizar que se deja constancia de la hora y la fecha exactas de la recepción de las proposiciones o de las solicitudes de participación y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación»), reitera la manera de concebirse el funcionamiento de los registros electrónicos a los que se refiere el artículo 25.1 de la LAE. Por último, los apartados 1.b) («La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos,



Solamente estableció un requisito específicamente aplicable y predicable a la Contratación Pública Electrónica (1301) y que consistía en que los órganos de contratación podrían exigir en los pliegos que los licitadores probaran, a través de la previa inscripción en el ROLECE, los requisitos de capacidad y aptitud para contratar (1302).

En consecuencia, la incidencia de los medios electrónicos al servicio de la agilización y simplificación de la tramitación de un contrato administrativo era muy limitada. Se circunscribía, principalmente, en los siguientes aspectos aparte del indicado en el párrafo anterior:

– En la posibilidad de proceder a publicar en el DOUE el anuncio previo indicativo que posibilítase que, en el procedimiento abierto de un contrato sujeto a regulación armonizada, el plazo general de espera para que los licitadores pudiesen presentar sus proposiciones y verse reducido de 52 días desde el envío del citado anuncio a solamente 22 (1303).

de uso general y amplia implantación»), c) («Los programas y aplicaciones necesarios para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación»), e i) («Los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de contratación, los órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos, los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos»), se relacionan directamente con la facilitación de acceso generalizado a los servicios en línea y el principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas garantizando la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado. Para ello, las Administraciones Públicas utilizarán estándares abiertos así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

(1301) Disposición adicional decimosexta. 1.j), ya que la prevista en el apartado g), que dispone que *«Los licitadores o los candidatos deberán presentar los documentos, certificados y declaraciones que no estén disponibles en forma electrónica antes de que expire el plazo previsto para la presentación de ofertas o de solicitudes de participación»*, no deja de ser una obviedad que resulta aplicable a toda clase de procedimientos de adjudicación independientemente de que puedan ser realizados o no por medios electrónicos. Respecto al apartado f) de la mencionada disposición adicional, en el TRLCSP no se hace sino insistir en el uso de firma electrónica avanzada para preservar, en el ámbito de la contratación administrativa, la autenticidad del origen y la integridad del contenido de las facturas electrónicas que tengan por destinatario las Administraciones Públicas, como se tendrá oportunidad de insistir al analizar la figura de la factura electrónica.

(1302) El artículo 326.2 del TRLCSP señalaba al igual que el vigente artículo 337.1 de la LCSP que *«En el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado se harán constar los datos relativos a la capacidad de los empresarios que hayan sido clasificados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como aquellos otros que hayan solicitado la inscripción de alguno de los datos mencionados en las letras a) a d) del apartado 1 del artículo 328»*. Los extremos a que se refiere son los relativos a su personalidad y capacidad de obrar, en el caso de personas jurídicas, a los relativos a la extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente, a los referentes a las autorizaciones o habilitaciones profesionales y a los demás requisitos que resulten necesarios para actuar en su sector de actividad, y a los relativos a la solvencia económica y financiera, que se reflejarán de forma independiente si el empresario carece de clasificación.

(1303) Artículo 159 TRLCSP.



Además, si los anuncios se hubiesen preparado y remitido por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, dicho plazo podría verse reducido en siete días más, con lo que el plazo podría llegar a quedar en solamente 15 días naturales.

– Por lo que se refiere a la misma publicación de anuncio previo de un contrato sujeto a regulación armonizada al que se le aplique un procedimiento restringido, también se producen ventajas en la tramitación del contrato pero no del calado de las que se acaban de señalar en el procedimiento abierto pues en aquél la ausencia de utilización de medios electrónicos, informáticos o telemáticos puede repararse con más eficacia si se declarara la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de urgencia (1304).

B. Últimas novedades

a) LEY DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO

Como ya se ha señalado en esta obra, la aprobación de la LTAIP ha obligado a canalizar la publicación de la información y facilitar el cumplimiento de determinadas obligaciones de publicidad activa con la proyectada creación de la figura del Portal de la Transparencia (1305) tanto a nivel de la Administración General del Estado, dependiente del Ministerio de la Presidencia, como de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local. Desde el punto de vista de la Contratación Pública, se deberá publicar en el mencionado Portal la información relativa a los contratos que se celebren por parte de los diferentes entes, organismos y entidades del Sector Público (1306), los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del Sector Público, así como la información contractual desarrollada por

(1304) Artículos 164.1 (primera fase, de presentaciones de solicitudes de participación), y 167.1 (segunda fase, de presentación de proposiciones), en relación al artículo 112 del TRLCSP.

(1305) A tenor de la disposición final novena, dado que el citado Portal se regula dentro del Título I, se señala que deberá de constituirse a partir del año de la publicación de la LTAIP, es decir, antes del 10 de diciembre de 2014.

(1306) Con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas (1307).

Dicha información deberá publicarse por los entes, organismos y entidades contratantes del Sector Público en sus correspondientes sedes electrónicas o páginas web, que se integrarán en el mencionado Portal de Transparencia, y con independencia de que deba seguir haciéndose en el correspondiente perfil de contratante con la información a que obliga la LCSP como se desarrollará en epígrafe específico.

b) LEY DE FACTURA ELECTRÓNICA

Como se tendrá oportunidad de analizar a continuación en esta misma obra, se puede decir que, por fin, se han superado las dudas con las que se fue tímidamente introduciendo la firma electrónica en nuestro ordenamiento jurídico.

Han quedado atrás las situaciones en las que, por ejemplo, la expedición de la factura electrónica estaba condicionada a que su destinatario hubiera prestado su consentimiento (1308) en los términos previstos en la Orden PRE/2971/2007, de 5 octubre, por la que se regula la expedición de facturas por medios electrónicos cuando el destinatario de las mismas sea la Administración General del Estado u organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla y sobre la presentación ante la Administración General del Estado o sus organismos públicos vinculados o dependientes de facturas expedidas entre particulares.

Ahora, con la aprobación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (en lo sucesivo, LFE), se ha puesto en marcha definitivamente, como se analizará en esta obra, el uso de la factura electrónica que, además de posibilitar el control del volumen de la deuda comercial como parte primordial para el mantenimiento del principio de sostenibilidad financiera incluido en la LOEPSF, introduce medidas para

(1307) Asimismo se prevé (art. 4) que las personas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas también están obligadas a suministrar a la Administración organismo o entidad a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquélla de las obligaciones de la citada Ley 19/2013, incluyéndose dentro de esta obligación a los adjudicatarios de contratos del Sector Público en los términos previstos en el respectivo contrato. En este caso, la solicitud del ejercicio del derecho de acceso a la información pública también se dirigirá a la Administración, organismo o entidad (la disposición adicional sexta señala que la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno será el órgano competente para tramitar el procedimiento mediante en el que se solicite el acceso a la información que obre en poder de la Casa de Su Majestad el Rey, así como para conocer de cualquier otra cuestión que pudiera surgir derivada de la aplicación por este órgano de las disposiciones de esta Ley) a las que se encuentren vinculadas los adjudicatarios (art. 17.1 inciso final).

(1308) Artículo 9 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.



proteger al proveedor (1309) y para seguir avanzando en un mejor control del gasto público (1310).

Se trata de una normativa que resultará aplicable a las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas, teniendo tal consideración las incluidas en el artículo 3 de la LCSP así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social cuando desarrollen funciones colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social (1311). No obstante, los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo adaptarán su actuación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas (1312).

El proceso de implantación progresiva del uso de la factura electrónica, que estableció la citada LFE, preveía un período de progresiva implementación para las Administraciones Públicas que concluyó con su entrada en vigor con carácter obligatorio el 15 de enero de 2015.

C. Perspectivas de futuro y la LCSP

La Contratación Pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «*Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*», como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos.

(1309) Mediante el establecimiento de la obligación de presentación en un registro administrativo de las facturas expedidas por los servicios que presten o bienes que entreguen a una Administración Pública en el marco de cualquier relación jurídica, el impulso del uso de la factura electrónica en el sector público, con carácter obligatorio para determinados sujetos a partir del 15 de enero de 2015, y la creación obligatoria para cada una de las Administraciones Públicas, estatal, autonómica y local, de puntos generales de entrada de facturas electrónicas para que los proveedores puedan presentarlas y lleguen electrónicamente al órgano administrativo al que corresponda su tramitación y a la oficina contable competente.

(1310) Como la creación de un registro contable de facturas gestionado por el órgano o unidad que tenga atribuida la función contable, la regulación de un nuevo procedimiento de tramitación de facturas, que entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2014, y que mejorará el seguimiento de las mismas, y el fortalecimiento de los órganos de control interno al otorgarles la facultad de poder acceder a la documentación contable en cualquier momento.

(1311) Artículo 2 de la LFE.

(1312) Disposición adicional primera de la LFE.



Con ese fin, por un lado, se revisó y modernizó la Directiva 2004/18/CE, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, y, por otro, se potenció el desarrollo y progresiva implementación de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación.

De acuerdo con lo señalado se aprobó la Directiva 2014/24/UE, aplicada por la Directiva 2014/55/UE, de 16 de abril, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, y que sustituyen a la mencionada Directiva 2004/18/CE.

En nuestro país las últimas medidas han girado en torno a la inclusión, dentro de las políticas de simplificación administrativa y reducción de cargas propuestas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, de las áreas temáticas relativas a la potenciación de la Administración Electrónica y de Apoyo a la Inversión y a la Empresa del objetivo de simplificación del proceso de Contratación para las PYMES. Junto a estas medidas, la citada Comisión ha aprobado otras que inciden también directamente en el ámbito de la reducción de cargas y dentro de las cuales se previó la implantación de la factura electrónica en las Administraciones Públicas y la puesta en funcionamiento del punto de entrada general de facturas electrónicas, a cuyo análisis se hará cumplida referencia a continuación en esta obra.

En consecuencia, es que nuestro Legislador toma una parte activa por las nuevas tecnologías y la LCSP declara en su Exposición de motivos *«la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor; anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario»* (1313). Sin embargo, no incluye estos contenidos en el cuerpo de la norma, sino que los dispersa con ausencia de sistemática y remisión a normativa reglamentaria a desarrollar (1314) de la siguiente manera:

(1313) Véase Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía número 6/2017, de 19 de junio, sobre cuestiones relacionadas con la contratación electrónica se posicionó meses antes en la línea de la LCSP:

1. De conformidad con lo establecido en la disposición final tercera del TRLCSP, a los procedimientos de contratación le será de aplicación la LPAC con carácter subsidiario.

2. Hasta la entrada en vigor del artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE con respecto a la obligación de las comunicaciones electrónicas y en concreto la obligatoriedad de la presentación de las ofertas por medios electrónicos, que tendrá lugar el 18 de octubre de 2018, salvo que con anterioridad a esa fecha se apruebe la nueva Ley de Contratos del Sector Público en lo que en éste pueda disponerse al respecto, seguirá siendo aplicable lo dispuesto en las disposiciones adicionales decimoquinta y decimosexta del TRLCSP, no siendo, por tanto, obligatoria la presentación de las ofertas por medios electrónicos.

(1314) La disposición adicional décimosexta.2 de la LCSP señala que *«Mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se definirán las especificaciones técnicas para la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación del Sector Público»*.



- Disposición adicional decimoquinta. Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley.
- Disposición adicional decimosexta. Uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley.
- Disposición adicional decimoséptima. Requisitos específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos.
- Artículo 63. Perfil de contratante.
- Artículo 347. Plataforma de Contratación del Sector Público.

Ciñéndonos a los principios programáticos que se contienen en las citadas disposiciones adicionales y que rigen la utilización de los medios electrónicos (1315), se observa que la LCSP establece que deberán adecuarse a las siguientes normas:

1. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación.

2. La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas, solicitudes de participación, así como de los planos y proyectos en los concursos de proyectos, incluido el cifrado y la validación de la fecha, deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación.

3. Los programas y aplicaciones necesarios para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación.

4. Los sistemas de comunicaciones y para el intercambio y almacenamiento de información deberán poder garantizar de forma razonable, según el estado de la técnica, la integridad de los datos transmitidos y que solo los órganos competentes, en la fecha señalada para ello, puedan tener acceso a los mismos, o que en caso de quebrantamiento de esta prohibición de acceso, la violación pueda detectarse con claridad. Estos sistemas deberán asimismo ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad

(1315) La disposición adicional decimosexta de la LCSP.



de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos.

5. Las aplicaciones que se utilicen para efectuar las comunicaciones y, notificaciones entre el órgano de contratación y el licitador o contratista deberán poder acreditar la fecha y hora de su envío o puesta a disposición y la de la recepción o acceso por el interesado, la integridad de su contenido y la identidad del remitente de la misma.

6. Los órganos de contratación deberán especificar el nivel de seguridad exigido para los medios de comunicación electrónicos utilizados en las diferentes fases de cada procedimiento de contratación que deberá ser proporcional a los riesgos asociados a los intercambios de información a realizar. Mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se establecerán las condiciones de utilización de las firmas electrónicas en los procedimientos de contratación del Sector Público.

7. Las referencias de esta Ley a la presentación de documentos escritos no obstarán a la presentación de los mismos por medios electrónicos ni, en su caso, a la generación de soportes físicos electrónicos y su posterior presentación, de acuerdo con las normas fijadas en el presente artículo y en sus disposiciones de desarrollo.

8. En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada. Se entiende por «*huella electrónica*» de la oferta el conjunto de datos cuyo proceso de generación garantiza que se relacionan de manera inequívoca con el contenido de la oferta propiamente dicha, y que permiten detectar posibles alteraciones del contenido de esta garantizando su integridad. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, deberán cumplir con lo establecido a tal efecto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, surtiendo los efectos establecidos en la misma.

9. Los licitadores o candidatos que presenten sus documentos de forma electrónica podrán presentar al órgano de contratación, en soporte físico electrónico, una copia de seguridad de dichos documentos de acuerdo con los términos fijados mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, y siempre de acuerdo con lo establecido a tal efecto por el órgano de contratación.

10. Los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la



libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de contratación, los *órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos, los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos.*

11. Como requisito para la tramitación de procedimientos de adjudicación de contratos por medios electrónicos, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la previa inscripción en el Registro de Licitadores que corresponda de los datos necesarios. Cuando a la licitación se presenten empresarios extranjeros de un Estado Miembro de la Unión Europea o signatario del Espacio Económico Europeo, la acreditación de su capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar se podrá realizar bien mediante consulta en la correspondiente lista oficial de empresarios autorizados para contratar establecida por un Estado Miembro de la Unión Europea, o bien mediante la aportación de la documentación acreditativa de los citados extremos, que deberá presentar, en este último caso, en el plazo concedido para la presentación de la garantía definitiva.

Por lo que se refiere a los requisitos específicos relativos a las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de documentos, la LCSP (1316) dispone que *«Las herramientas y los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, de las solicitudes de participación, así como de los planos y proyectos en los concursos de proyectos y de cuanta documentación deba presentarse ante el órgano de contratación deberán garantizar, como mínimo y por los medios técnicos y procedimientos adecuados, que:*

- Pueda determinarse con precisión la hora y la fecha exactas de la recepción de las ofertas, de las solicitudes de participación, de la documentación asociada a éstas y las del envío de los planos y proyectos.
- Únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos y documentos recibidos.
- En las diferentes fases del procedimiento de contratación o del concurso de proyectos, solo las personas autorizadas puedan acceder a la totalidad o a parte de los datos y documentos presentados.
- Solo las personas autorizadas puedan dar acceso a los datos y documentos transmitidos, y solo después de la fecha especificada.
- Pueda garantizarse razonablemente que nadie tenga acceso a los datos y documentos transmitidos a tenor de los presentes requisitos antes de que finalicen los plazos especificados.

(1316) Disposición adicional decimoséptima de la LCSP.



– Los datos y documentos recibidos y abiertos en aplicación de los presentes requisitos solo sean accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de los mismos.

– En caso de que se infrinjan o se intenten infringir las prohibiciones o condiciones de acceso a que se refieren los dos apartados anteriores, pueda garantizarse razonablemente que las infracciones o tentativas sean claramente detectables.

Así mismo, la LCSP (1317) determina la aplicación subsidiaria, también en esta materia, de la LPACAP y de sus normas complementarias. Los principales aspectos que influirán sobre los contratos públicos serán, entre otros, los siguientes:

– Plazos (art. 30 de la LPACAP) sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional duodécima de la LCSP (1318):

«1. Salvo que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea se disponga otro cómputo, cuando los plazos se señalen por horas, se entiende que éstas son hábiles. Son hábiles todas las horas del día que formen parte de un día hábil. Los plazos expresados por horas se contarán de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate y no podrán tener una duración superior a veinticuatro horas, en cuyo caso se expresarán en días.»

2. Siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones.»

– Obligados a relacionarse electrónicamente (art. 14.2 de la LPACAP):

«En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos:

- a) Las personas jurídicas.*
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.*
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que*

(1317) ??????????????

(1318) *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.»*



realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.

d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.

e) Los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.»

– Elección de criterio y excepción (art. 14.1 de la LPACAP):

«Las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento.»

– Documentos públicos de contratación electrónicos (art. 26.2 de la LPACAP):

«2. Para ser considerados válidos, los documentos electrónicos administrativos deberán:

a) Contener información de cualquier naturaleza archivada en un soporte electrónico según un formato determinado susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

b) Disponer de los datos de identificación que permitan su individualización, sin perjuicio de su posible incorporación a un expediente electrónico.

c) Incorporar una referencia temporal del momento en que han sido emitidos.

d) Incorporar los metadatos mínimos exigidos.

e) Incorporar las firmas electrónicas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.

Se considerarán válidos los documentos electrónicos, que cumpliendo estos requisitos, sean trasladados a un tercero a través de medios electrónicos.»

El artículo 26.3 de la LPACAP puntualiza que *«No requerirán de firma electrónica, los documentos electrónicos emitidos por las Administraciones Públicas que se publiquen con carácter meramente informativo, así como aquellos que no formen parte de un expediente administrativo. En todo caso, será necesario identificar el origen de estos documentos».*



– Sobre el expediente y, en particular, sobre su formato electrónico (art. 70.1 y 2 de la LPACAP):

«1. Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.

2. Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.»

– En relación al apoderamiento electrónico (1319) (art. 5.2,3 y 4 de la LPACAP):

«2 Las personas físicas con capacidad de obrar y las personas jurídicas, siempre que ello esté previsto en sus Estatutos, podrán actuar en representación de otras ante las Administraciones Públicas.

3. Para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación.

4. La representación podrá acreditarse mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia.

A estos efectos, se entenderá acreditada la representación realizada mediante apoderamiento apud acta efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica, o a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración Pública competente.»

El artículo 6.2 de la LPACAP dispone respecto de la interoperabilidad de los registros administrativos lo siguiente:

«2. Los registros electrónicos generales y particulares de apoderamientos pertenecientes a todas y cada una de las Administraciones, deberán ser plenamente interoperables entre sí, de modo que se garantice su interconexión, compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se incorporen a los mismos.

Los registros electrónicos generales y particulares de apoderamientos permitirán comprobar válidamente la representación de quienes actúen ante las Administraciones Públicas en nombre de un

(1319) A juicio de los autores de esta obra, ha quedado modificado el régimen incluido en el artículo 21 del RGTRLCAP.

tercero, mediante la consulta a otros registros administrativos similares, al registro mercantil, de la propiedad, y a los protocolos notariales.

Los registros mercantiles, de la propiedad, y de los protocolos notariales serán interoperables con los registros electrónicos generales y particulares de apoderamientos.»

– Copias electrónicas [disposición adicional decimosexta.h) de la LCSP] establece que:

«En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la huella electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas. De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada.

Se entiende por huella electrónica de la oferta el conjunto de datos cuyo proceso de generación garantiza que se relacionan de manera inequívoca con el contenido de la oferta propiamente dicha, y que permiten detectar posibles alteraciones del contenido de esta garantizando su integridad. Las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, deberán cumplir con lo establecido a tal efecto en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común, surtiendo los efectos establecidos en la misma.»

Según el artículo 16.5 la LPACAP dispone lo siguiente:

«Los documentos presentados de manera presencial ante las Administraciones Públicas, deberán ser digitalizados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 y demás normativa aplicable, por la oficina de asistencia en materia de registros en la que hayan sido presentados para su incorporación al expediente administrativo electrónico, devolviéndose los originales al interesado, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la norma determine la custodia por la Administración de los documentos presentados o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización.

Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de presentar determinados documentos por medios electrónicos para ciertos procedimientos y colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.»

La LPACAP, desde el 2 de octubre de 2016, es la norma que regula la validez y eficacia de las copias realizadas por las Administraciones Públicas en su artículo 27. Por otra parte, según su artículo 28.3, las Adminis-

traciones Públicas no pueden requerir, salvo las excepciones contempladas en la Ley, documentos presentados u originales (1320).

– Obligaciones Fiscales y S. Social: Uno de los avances de la LPACAP es la obligación que tienen las Administraciones Públicas de relacionarse electrónicamente y el derecho que tienen los ciudadanos-licitadores a no presentar documentos que hayan sido elaborados por las Administraciones Públicas, en este caso, por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social.

Efectivamente, el artículo 53.1.d) de la LPACAP manifiesta el derecho que asiste al interesado en el procedimiento administrativo de disponer que *«1. Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos:... d) A no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas»*.

Consagra, por lo tanto, el auxilio entre las diferentes Administraciones Públicas, ya que tienen la obligación de relacionarse de forma electrónica y, en consecuencia, de transmitir los datos de que dispongan a otra Administración Pública que los precise. De acuerdo con ello, la información fiscal y la laboral, de conformidad con lo previsto en el artículo 155.1 y 3 la LRJSP, que regula las transmisiones de datos entre Administraciones Públicas, no deberá ser aportada por el interesado (1321).

(1320) Artículo 28. Documentos aportados por los interesados al procedimiento administrativo *«[...] 3. Las Administraciones no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario»*.

Asimismo, las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante que órgano administrativo presentó los citados documentos, debiendo las Administraciones Públicas recabarlos electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto. Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso, debiendo, en ambos casos, ser informados previamente de sus derechos en materia de protección de datos de carácter personal. Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar los citados documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación».

(1321) Artículo 155 LRJSP *«1. De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo, cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones Públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder, especificando las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad»*.

«3. La Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas y las Entidades Locales, adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para posibilitar la interconexión de sus redes con el fin de crear una red de comunicaciones que interconecte los sistemas de información de las Administraciones Públicas y permita el intercambio de información y servicios entre las mismas, así como la interconexión con las redes de las instituciones de la Unión Europea y de otros Estados Miembros».



Finalmente señalar que, a tenor del artículo 17.1 de la LRJSP, la gestión electrónica de las mesas de contratación se verá facilitada por la incorporación, entre otros medios electrónicos válidos, del correo electrónico, de las audioconferencias y de las videoconferencias.

2. LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS, INFORMÁTICOS Y TELEMÁTICOS

A. Introducción

En esta materia a lo largo de esta obra ya se han analizado, en la Tercera Parte de la misma relativa a los Aspectos Troncales de la Contratación Pública, la Plataforma de Contratación del Sector Público (1322), los medios de comunicación tanto en sede de un procedimiento de contratación como de recursos (1323), el Registro de Contratos del Sector Público (1324), y el Portal de la Transparencia (1325).

Ahora interesa, para complementar dicho contenido, dedicar unos breves comentarios a las figuras de la Subasta Electrónica, del Sistema Dinámico de Adquisición, y de la Factura Electrónica.

B. Subasta electrónica

a) CONTENIDO

1. *Concepto*

La subasta electrónica se podrá aplicar, siempre que así se hubiera establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y en el anuncio de licitación, y consistirá en la implantar en la fase de adjudicación del contrato un proceso repetitivo,

(1322) Tercera Parte, Aspectos Troncales, 10. La Parte Contratante, B. Perfil de Contratante y Plataforma de Contratación del Sector Público, c. Plataforma de Contratación del Sector Público.

(1323) Tercera Parte, Aspectos Troncales, 8. Cómputo de plazos, A. Medios de comunicación utilizables.

(1324) Tercera Parte, Aspectos Troncales, 16. Remisión de información contractual, B. A efectos de Gobernanza, b. Registro de Contratos del Sector Público.

(1325) Tercera Parte, Aspectos Troncales, 10. La Parte Contratante, C. Portal de Transparencia.

hecho que le diferencia frente al término anterior (1326), que tendrá lugar como primera fase una evaluación completa de las ofertas, teniendo en cuenta dos parámetros, el del mejor precio de las ofertas, y el de los nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las hagan mejorar en su conjunto, y todo ello efectuado por un dispositivo electrónico que permita su reclasificación a través de métodos de evaluación automáticos (1327).

2. *Ámbito de aplicación subjetivo*

La subasta electrónica resultará de aplicación a una Administración Pública-Poder Adjudicador, a los efectos de la LCSP (1328), así como a una No Administración Pública-Poder Adjudicador cuando celebre contratos privados sujetos a regulación armonizada (1329).

Ello quiere decir que un No Poder Adjudicador (1330) podrá aplicar facultativamente la figura de la subasta electrónica si es que decidiera incluirla en las normas internas que rijan la fase de adjudicación de los contratos privados que celebren.

(1326) Es de destacar en la LCSP el cambio del concepto *«iterativo»* que contenía el TRLCSP por el de *«repetitivo»*. Sobre este asunto se había ya manifestado en dicho sentido por el Consejo de Estado en su Dictamen de 25 de mayo de 2006 (número expediente 54/2006) en el que señalaba lo siguiente:

«Cabría sugerir en primer lugar; aunque la cuestión es simplemente de técnica normativa y redacción, que en la descripción de la subasta electrónica en el artículo 132.1 se hable, en línea con el artículo 1.7 de la directiva, más bien de proceso repetitivo o reiterativo y no simplemente iterativo (pues desarrollo en el tiempo lo hay en todo contrato y en toda licitación, y lo específico de la subasta electrónica es la reclasificación automática en virtud de las nuevas pujas) ...» (el subrayado es de los autores de esta obra).

(1327) El artículo 143 de la LCSP regula la subasta electrónica a partir de lo dispuesto en el artículo 35 de la Directiva 2014/24/UE. El Consejo de Estado expresó sus críticas para evitar dudas interpretativas, y sugirió que el artículo 143.3.a) del Anteproyecto se sustituyese el inciso *«cuando el contrato se adjudique a la oferta de coste más bajo»* por el que utiliza el artículo 35.3.a) de la Directiva (*«cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio»* y que ha recogido LCSP); y ello no solo por el mayor paralelismo con lo previsto en el apartado b), sino, sobre todo, por el distinto sentido que tienen los términos *«precio»* y *«coste»* en la norma objeto de transposición (nótese que el mismo artículo 35.3, en su apartado b), se refiere a la *«oferta de menor coste»*, donde *«coste»* tiene un sentido distinto de *«precio»*). Asimismo, y también por razones de claridad, se aceptó la sugerencia de sustituir, en el último párrafo del artículo 143.6, el inciso *«se proporcionarán fórmulas distintas para cada una de ellas»*, por *«se proporcionará una fórmula para cada una de ellas»* (para evitar la ambigüedad y en línea con lo que dice el último párrafo del artículo 37.6 de la Directiva 2014/24/UE).

(1328) Artículo 143, recogido en el Capítulo I, del Libro II del Título I del LCSP que lleva por rúbrica *«Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas»*.

(1329) Así cabe deducirlo, a juicio de los autores de esta obra, del artículo 317 de la LCSP que no excluye la aplicación del artículo 143, siendo por lo tanto aplicable en virtud de la referencia general que se efectúa en dicho precepto respecto a que *«La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas en el Capítulo...»*.

(1330) Artículos 321 y 322 de la LCSP.



3. *Ámbito de aplicación objetivo*

Cuando se implemente una subasta electrónica por parte de una Administración Pública-Poder Adjudicador, podrá emplearse en los procedimientos abiertos, restringidos y en los negociados pero solamente cuando en éstos últimos las proposiciones u ofertas económicas presentadas en algún procedimiento abierto, restringido o de diálogo competitivo hubieran resultado irregulares o inaceptables (1331) o hubieran incluido valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato (1332), si las especificaciones del contrato que deba adjudicarse pueden establecerse de manera precisa y si las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual. En este sentido, están expresamente excluidos los servicios de ingeniería, consultoría y arquitectura y otras de carácter intelectual (1333), y los que estén relacionados con la calidad alimentaria.

En consonancia con lo expuesto, podrá aplicarse para adjudicar los contratos basados en un acuerdo marco (1334).

No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato.

4. *Requisitos*

De acuerdo con lo señalado en la LCSP, cabe resaltar los siguientes requisitos para pueda llegar a implementarse lo previsto en el artículo 143 relativo a la subasta electrónica:

— Es necesaria la previsión en los pliegos y en el anuncio de licitación (1335):

Los órganos de contratación que decidan recurrir a una subasta electrónica deberán incluirla en los pliegos e indicarlo en el anuncio de licitación recogiendo la siguiente información mínima:

(1331) Artículo 167.e) de la LCSP.

(1332) Artículo 170.a) de la LCSP.

(1333) Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 67: *«Debe señalarse que las subastas electrónicas no son normalmente adecuadas para determinados contratos de obras públicas y contratos de servicios públicos cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras, ya que solo los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, solo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes, pueden ser objeto de subasta electrónica. No obstante, conviene advertir que las subastas electrónicas pueden utilizarse en los procedimientos de contratación relacionados con la adquisición de derechos específicos de propiedad intelectual.*

(1334) Artículo 221.6.d) de la LCSP.

(1335) Artículo 143.4 de la LCSP



- Elementos a cuyos valores se refiera la subasta electrónica. En este sentido, la subasta electrónica se basará en variaciones referidas al precio o a valores de los elementos de la oferta que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes.
- En su caso, los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resulten de las especificaciones del objeto del contrato.
- Información que se pondrá a disposición de los licitadores durante la subasta electrónica e indicación del momento en que se facilitará.
- Forma en que se desarrollará la subasta, de acuerdo con lo que a continuación se va señalar en el apartado siguiente.
- Condiciones en que los licitadores podrán pujar, y en particular las mejoras mínimas que se exigirán, en su caso, para cada puja.
- Dispositivo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión (1336).

– Evaluación previa de las ofertas o proposiciones:

Antes de proceder a aplicar la subasta electrónica, el órgano de contratación efectuará una primera evaluación completa de las ofertas de conformidad con los criterios de adjudicación y, a continuación, invitará simultáneamente, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que presenten una oferta.

Esta oferta será admisible cuando haya sido presentada por un licitador que no haya sido excluido, que cumpla los criterios de selección, y que sea conforme con las especificaciones técnicas, es decir, que no pueda ser declarada irregular o inaceptable, o inadecuada, en los términos que los artículos 167 y 168 de la LCSP establecen para los procedimientos con negociación o sin publicidad (1337).

5. *Supuesto general* (1338)

Una vez efectuada la valoración de las ofertas, el órgano de contratación enviará invitación en la que se incluirá la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica.

(1336) Artículo 143.6 de la LCSP: «*La invitación incluirá toda la información pertinente para la conexión individual al dispositivo electrónico utilizado y precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta electrónica.*

Igualmente se indicará en la invitación el resultado de la evaluación completa de la oferta del licitador de que se trate y la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios, revisados a la baja, o de los nuevos valores, que mejoren la oferta, que se presenten».

(1337) Artículo 143.5 de la LCSP.

(1338) Artículo 143.6 y 7 de la LCSP.



Entre la fecha de envío de las invitaciones y el comienzo de la subasta electrónica habrán de transcurrir, al menos, 2 días hábiles.

Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, se acompañará a la invitación el resultado de la evaluación de la oferta presentada por el licitador.

Igualmente se indicará en ella la fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores que se presenten. Esta fórmula incorporará la ponderación de todos los criterios fijados para determinar la oferta económicamente más ventajosa, tal como se haya indicado en el pliego y en el anuncio de licitación, para lo cual, las eventuales bandas de valores deberán expresarse previamente con un valor determinado.

En caso de que se autorice la presentación de variantes o mejoras, se proporcionarán fórmulas distintas para cada una, si ello es procedente.

6. *Formas de desarrollo*

La subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases sucesivas.

A lo largo de cada fase de la subasta, y de forma continua e instantánea, se comunicará a los licitadores, como mínimo, la información que les permita conocer su respectiva clasificación en cada momento. Adicionalmente, se podrán facilitar otros datos relativos a los precios o valores presentados por los restantes licitadores, siempre que ello esté contemplado en el pliego, y anunciarse el número de los que están participando en la correspondiente fase de la subasta, sin que en ningún caso pueda divulgarse su identidad (1339).

7. *Cierre de la subasta*

El cierre de la subasta electrónica se fijará por referencia a uno o varios de los siguientes criterios:

- Mediante el señalamiento de una fecha y hora concretas, que deberán ser indicadas en la invitación a participar en la subasta.
- Atendiendo a la falta de presentación de nuevos precios o de nuevos valores que cumplan los requisitos establecidos en relación con la formulación de mejoras mínimas. De utilizarse esta referencia, en la invitación a participar en la subasta se especificará el plazo que deberá transcurrir a partir de la recepción de la última puja antes de declarar su cierre.

(1339) Artículo 143.7 de la LCSP.

– Por finalización del número de fases establecido en la invitación a participar en la subasta. Cuando el cierre de la subasta deba producirse aplicando este criterio, la invitación a participar en la misma indicará el calendario a observar en cada una de sus fases.

Una vez concluida la subasta electrónica, el contrato se adjudicará a la oferta económicamente más ventajosa en función de sus resultados obtenidos (1340).

b) DIFICULTAD DE IMPLEMENTACIÓN

Lo señalado hasta ahora hace referencia, sin más, a lo establecido en el artículo 143 de la LCSP. Sin embargo resulta necesario realizar algún comentario acerca de la viabilidad de poder llevar a la práctica, con total seguridad jurídica, este medio que permite someter a los licitadores a una situación de estrés final con el fin de seleccionar definitivamente a aquel que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa.

La dificultad viene de la mano de la utilización de un dispositivo electrónico que garantice la seguridad jurídica del proceso y que, además, permita la clasificación de las ofertas a través de métodos de evaluación automáticos y la interoperabilidad entre el órgano de contratación y los licitadores.

No ha de olvidarse que la implementación de la subasta electrónica no supone ninguna excepción al régimen general de acreditación de la representación que el órgano de contratación ha de haber comprobado hasta el momento de valoración de las ofertas.

Por ello, se ha de implementar un dispositivo electrónico que permita, por un lado, no dejar ninguna duda sobre la identidad y representación de la persona que realiza la puja a distancia y, por otro lado, sobre la equivalencia jurídica que tendría dicha puja con la que se haría presencialmente y por escrito.

Para ello, a tenor de lo previsto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, el único instrumento, que permite confiar en la fiabilidad jurídica y técnica de que las pujas son realizadas por la persona que goza de habilitación para ello de modo que sus efectos son equivalentes a los de su firma manuscrita, es la exigencia por parte del órgano de contratación de que los licitadores actuaran por medio de un sistema de firma electrónica reconocida (1341).

(1340) Artículo 143, 9 y 10 LCSP.

(1341) Efectivamente el artículo 3.3 y 4 de la mencionada Ley 59/2003 dispone lo siguiente:

«3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.»



En algunos casos cuando se ha implementado la subasta electrónica el órgano de contratación ha actuado de forma voluntarista. Así, ante la falta de validez transnacional de los diferentes sistemas de firma electrónica reconocida que es la única que permite jurídicamente atribuirle de modo irrefutable los mismos efectos que una firma manuscrita, es decir, que garantiza los servicios técnicos básicos de seguridad de autenticación, integridad y no repudio, se ha limitado a implementar en local un sistema de firma electrónica básico entendido como un conjunto de datos transmitidos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del licitador genéricamente pero que no de la persona que asume la representación de la misma en el proceso de contratación.

De este modo se ha pretendido dar efectos de firma electrónica reconocida a la simple facilitación de una clave de usuario y contraseña genérica por licitador para pujar en un entorno informático local, sin que por medio se garanticen los parámetros de seguridad que permiten asegurar la autenticación del representante de la empresa, la integridad de su puja y el no repudio de la misma. Es decir, se ha utilizado, a juicio de los autores de esta obra, el uso de lo que se denomina en el artículo 20 de la Ley 11/2007, de 22 junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, «*Intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación*» cuando éste se reserva para comunicaciones establecidas entre Administraciones Públicas, órganos y entidades de derecho público.

Además, en los casos en los que se ha implementado el sistema de subasta electrónica, la plataforma de intercambio electrónico de datos se ha montado sobre un entorno cerrado y totalmente privado, es decir, sobre una aplicación privada ubicada en un servidor de un operador de telecomunicaciones que, además de prestar el alojamiento necesario, fijaba el sellado de tiempo para el comienzo de la subasta y, en su caso, de sus diferentes fases.

Las graves observaciones señaladas, que suponen un incumplimiento de la normativa vigente (1342), ha de hacer recapacitar a los órganos de contratación en orden a no insertar en su estrategia contractual determinados instrumentos que no se encuentran lo suficientemente implementados técnicamente en las Administraciones Públicas.

La cuestión es sencilla: Si la voluntad del órgano de contratación es no utilizar por el momento la subasta electrónica no existe en el LCSP ningún precepto que le obligue a ello ya que la norma en todo su articulado, en

(1342) A juicio de los autores de esta obra, *in extenso* de la Ley 11/2007, de 22 junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en referencia a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

consonancia con la Directivas europeas, lo deja al criterio y elección de los mismos (1343).

C. Sistema dinámico de adquisición

Se trata de un sistema que, como ya se ha señalado en esta obra, deberá desarrollarse íntegramente utilizando medios electrónicos, informáticos y telemáticos y siguiendo las normas previstas en la LCSP para el procedimiento abierto, y cuya finalidad será la selección de un contratista de obras, servicios o suministros de uso corriente, cuyas características se encuentren generalmente disponibles en el mercado, de entre una serie de licitadores que previamente hubieran sido incorporados al mismo en base a las características de sus ofertas indicativas a la vista de lo establecido en los pliegos.

Por lo tanto en su análisis se efectúa una remisión a lo que se ha señalado en esta obra (1344).

Solamente reiterar que, como ya se acaba de señalar en relación a la subasta electrónica, los problemas indicados que se hacen más acusados porque la implementación de un sistema dinámico de adquisición requiere que sea alimentado íntegramente, desde la publicación del anuncio hasta la expiración del sistema, por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

D. Factura electrónica

a) INTRODUCCIÓN

La implantación de la factura electrónica ofrece claras ventajas económicas y de gestión. Por un lado, se acortan los ciclos de tramitación, incluido el cobro, y se eliminan los costes de papel, impresión y envío postal, con el consiguiente beneficio para el medio ambiente. Al mismo tiempo, se facilita un acceso más rápido y fácil a las facturas almacenadas, se reduce de forma drástica el espacio de archivo que requiere su almacenamiento y se mejora el servicio al cliente. Otros beneficios añadidos son la

(1343) Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 52 señala que: [...]. *Los Estados miembros y los poderes adjudicadores deben seguir teniendo libertad para ir más lejos si así lo desean. Es preciso aclarar además que, sin embargo, la utilización obligatoria de medios electrónicos con arreglo a la presente Directiva no debe obligar a los poderes adjudicadores a tratar electrónicamente las ofertas, como tampoco debe exigir la evaluación electrónica ni el tratamiento automatizado. Asimismo, con arreglo a la presente Directiva, ningún elemento del procedimiento de contratación pública tras la adjudicación del contrato debe estar sujeto a la obligación de utilizar medios electrónicos de comunicación, como tampoco debe estarlo la comunicación interna en el marco del poder adjudicador».*

(1344) Tercera Parte, 12 sobre Racionalización Técnica de la Contratación, C. Sistema Dinámico de Adquisición.



facilitación de la lucha contra el fraude, la mejora de la gestión empresarial y, sobre todo, la contribución a la modernización de la economía y el desarrollo de la sociedad de la información.

El Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (1345), regula la obligación de los empresarios y profesionales, que realicen entregas de bienes o prestaciones de servicios para las Administraciones Públicas, de expedir factura y copia de ésta, pudiendo ser expedida en soporte electrónico y remitida por medios electrónicos.

Con la entrada en vigor del mencionado Real Decreto (1346), se entendió que la factura electrónica es aquella que se ajusta a lo establecido

(1345) El citado Real Decreto 1619/2012 abordó la incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio de 2010, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CEE relativa al sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido, en lo que respecta a las normas de facturación, dictada por la existencia de un amplio número de opciones ofrecidas a los Estados miembros de la Unión Europea lo que ha dado lugar a que las normativas internas mantenidas por los mismos, en materia de facturación, no hayan alcanzado el grado de armonización o aproximación deseado. Esta divergencia entre legislaciones de los distintos Estados miembros y la existencia de ciertas lagunas no reguladas por la Directiva comunitaria condujeron a la aprobación de la mencionada Directiva 2010/45/UE que debía transponerse al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros antes del 1 de enero de 2013. Los objetivos que persigue esta Directiva son garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, reducir las cargas administrativas de los sujetos pasivos, garantizar la igualdad de trato entre las facturas en papel y las facturas electrónicas, facilitar las transacciones económicas y contribuir a la seguridad jurídica de los agentes económicos en la aplicación de la normativa reguladora de la materia.

(1346) Hasta su entrada en vigor solamente en la plataforma conjunta «*www.facturae.es*», de los Ministerios de Hacienda y Función Pública y de Energía, Turismo y Agenda Digital, se definía la factura electrónica como el equivalente funcional de la factura en papel que consiste en la transmisión de las facturas entre emisor y receptor por medios electrónicos y telemáticos, firmados digitalmente con certificados reconocidos.

Con su entrada en vigor del Real Decreto 1619/2012 quedó derogado el Real Decreto 1496/2003 que fue desarrollado por la Orden PRE/2971/2007, de 5 octubre, por la que se regulaba la expedición de facturas por medios electrónicos cuando el destinatario de las mismas sea la Administración General del Estado u organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla y sobre la presentación ante la Administración General del Estado o sus organismos públicos vinculados o dependientes de facturas expedidas entre particulares. Respecto a la posible derogación de la citada Orden PRE/2971/2007 nada señala el Real Decreto 1619/2012 por lo que, a juicio de los autores de esta obra, permanecerá vigente en todo aquello que no se oponga a su contenido.

En dicha Orden se reguló la forma de prestación del consentimiento para la remisión electrónica de las facturas de las que sean destinatarios los departamentos ministeriales u organismos, así como las condiciones técnicas que han de cumplirse. En relación a la prestación del citado consentimiento, se estableció lo siguiente:

- Dicho consentimiento, que habrá de ser expreso, se formulará a través de la correspondiente disposición en la que, además, se harán constar los formatos en que se admitirán dichas facturas electrónicas.

- Cuando se preste el consentimiento para recibir facturas en soporte electrónico, tal consentimiento tendrá carácter general y se extenderá a todos los supuestos en los que la Administración Pública que lo presta sea destinatario de facturas.

- La autenticidad del origen y la integridad del contenido de las facturas electrónicas que tengan por destinatario las Administraciones Públicas, en el ámbito de la contratación administrativa, se garantizará mediante la exigencia de firma electrónica avanzada. *Artículo 3.2* de la LFE. La citada Ley define «*la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma*».

- A las facturas que se emitan en soporte electrónico a las Administraciones Públicas, les serán de aplicación las mismas condiciones de carácter general.



en el mismo y que haya sido expedida y recibida en formato electrónico. La expedición de la factura electrónica estaba condicionada a que su destinatario haya dado su consentimiento (1347).

En este sentido, previamente a la posible remisión de facturas por medios electrónicos, era necesario que se cumplieran una serie de condiciones técnicas que garantizaran la autenticidad de su origen, la integridad de su contenido (1348), y permitiera su conservación en condiciones adecuadas (1349).

En la plataforma conjunta «www.facturae.es», se define la factura electrónica como el equivalente funcional de la factura en papel que consiste en la transmisión de las facturas entre emisor y receptor por medios electrónicos y telemáticos, firmados digitalmente con certificados reconocidos. Los condicionantes técnicos para la realización de una factura electrónica con plena validez son los siguientes:

- Se necesita un formato electrónico de factura.
- Es necesario una transmisión telemática (tiene que partir de un ordenador, y ser recogida por otro ordenador).
- Este formato electrónico y transmisión telemática, deben garantizar su integridad y autenticidad por firma electrónica reconocida.

b) LA LEY DE IMPULSO A LA FACTURA ELECTRÓNICA

1. *Entorno en el que se enmarca*

Como ya se ha señalado en esta obra, dentro de las políticas de simplificación administrativa y reducción de cargas propuestas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas se han incluido las áreas temáticas relativas a la potenciación de la Administración Electrónica y de Apoyo a la Inversión y a la Empresa, y dentro de ésta, el objetivo de simplificación del proceso de Contratación para las PYMES.

Junto a estas medidas, la citada Comisión ha aprobado otras que inciden también directamente en el ámbito de la reducción de cargas y dentro

(1347) Artículo 9 del citado Real Decreto 1619/2012.

(1348) En particular, la autenticidad del origen y la integridad del contenido de la factura electrónica quedarán garantizadas, a tenor del artículo 10 del mencionado Real Decreto 1619/2012, mediante firma electrónica avanzada (art. 2.2 de la Directiva 1999/93/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica), mediante un intercambio electrónico de datos (EDI), tal como se define en el artículo 2 del anexo I de la Recomendación 94/820/CEE de la Comisión, de 19 de octubre de 1994, relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos, o mediante otros medios que los interesados hayan comunicado a la Agencia Estatal de Administración Tributaria con carácter previo a su utilización y hayan sido validados por la misma.

(1349) Artículo 8 del citado Real Decreto 1619/2012.



de las cuales se previó la implantación de la factura electrónica en las Administraciones Públicas y la puesta en funcionamiento del punto de entrada general de facturas electrónicas, con el doble objetivo de mejorar la competitividad de las empresas y de controlar el volumen de la deuda comercial como parte primordial para el mantenimiento del principio de sostenibilidad financiera incluido en la LOEPSF.

En este marco fue aprobada la LFE, en la que se introducen medidas para proteger al proveedor (1350) y para seguir avanzando en un mejor control del gasto público (1351).

Se trata de una normativa que resultará aplicable a las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas, así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social cuando desarrollen funciones colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social (1352).

No obstante, los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, adaptarán su actuación a las normas establecidas en la LFE para las Administraciones Públicas (1353).

2. *Proceso de implementación*

La culminación del proceso de progresiva implementación de la factura electrónica para las Administraciones Públicas a los efectos de la LCSP, al que a continuación se va a hacer referencia, se produjo el 15 de enero de 2015.

Los registros contables de facturas remitirán a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por vía telemática, aquella información sobre las facturas recibidas, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones

(1350) El establecimiento de la obligación de presentación en un registro administrativo de las facturas expedidas por los servicios que presten o bienes que entreguen a una Administración Pública en el marco de cualquier relación jurídica, el impulso del uso de la factura electrónica en el sector público, con carácter obligatorio para determinados sujetos a partir del 15 de enero de 2015, la creación obligatoria para cada una de las Administraciones Públicas, estatal, autonómica y local, de puntos generales de entrada de facturas electrónicas para que los proveedores puedan presentarlas y lleguen electrónicamente al órgano administrativo al que corresponda su tramitación y a la oficina contable competente.

(1351) Como la creación de un registro contable de facturas gestionado por el órgano o unidad que tenga atribuida la función contable, la regulación de un nuevo procedimiento de tramitación de facturas, que entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2014, y que mejorará el seguimiento de las mismas, y el fortalecimiento de los órganos de control interno al otorgarles la facultad de poder acceder a la documentación contable en cualquier momento.

(1352) Artículo 2 de la LFE.

(1353) Disposición adicional primera de la LFE.



tributarias y de facturación cuyo control le corresponda, en los términos que señale el Ministro de Hacienda y Función Pública (1354).

La plataforma informática para el desarrollo de los intercambios de información sobre deudores de las Administraciones y los pagos a los mismos con el objeto de realizar las actuaciones de embargo o compensación que procedan, entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria, los órganos de recaudación de la Comunidades Autónomas y Entidades Locales, la Tesorería General de la Seguridad Social y los órganos pagadores de las Administraciones públicas, será creada y administrada por la mencionada Agencia (1355).

El registro contable de facturas pretende ser un instrumento clave para la mejora en los procedimientos contables, a través del control contable riguroso de las facturas recibidas por las Administraciones, a efectos de lograr una mayor confianza en las cuentas públicas y de mejorar el control de la morosidad en las Administraciones públicas.

El órgano competente para su gestión, desde el punto de vista de su disponibilidad, confidencialidad, integridad y seguridad (1356), será el órgano o unidad administrativa que tenga atribuida la función de contabilidad (1357) y estará integrado en el sistema de información contable, al objeto de proporcionar la información necesaria para el seguimiento del cumplimiento de los compromisos de pago y para la determinación del período medio de pago a proveedores (1358).

Respecto de este asunto conviene recordar lo ya señalado en esta obra sobre la obligación que, en principio, pende sobre el contratista, si a su Derecho conviene, en orden a la presentación de la factura correspondiente ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en la fecha de recepción de conformidad de las mercancías o la prestación del servicio (1359), en cuyo caso la Administración deberá abonar el precio, que ha de estar recogido en los pliegos o en el documento contractual, dentro de los 30 días (1360) naturales (1361) siguientes a dicha presenta-

(1354) Artículo 13 de la LFE.

(1355) Disposición adicional cuarta de la LFE.

(1356) Artículo 12 de la Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regula los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre de 2013, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (en lo sucesivo, Orden HAP/492/2014), en relación con el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.

(1357) Artículo 3 de la Orden HAP/492/2014.

(1358) Artículo 4.1 de la Orden HAP/492/2014.

(1359) Artículo 3 de la LFE.

(1360) A tenor del artículo 216.8 de la LCSP, las Comunidades Autónomas podrán reducir el citado plazo.

(1361) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.



ción, sin perjuicio del plazo especial establecido para el contrato de obras. No obstante, aunque el proveedor puede expedir la factura con anterioridad y presentarla ante un registro administrativo (1362), la obligación de pago de la Administración no surgirá hasta la recepción de conformidad del objeto del contrato.

En todo caso, la presentación de la correspondiente factura, cualquiera que sea su soporte, ha de efectuarse en el correspondiente registro bien sea administrativo bien sea el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas.

Como ya se ha señalado, todas las facturas, salvo las que fueran rechazadas por contener datos incorrectos o incompletos o por corresponder su pago a otra Administración Pública (1363), habrán de ser inscritas en el registro contable de facturas (1364), si bien dicha inscripción se realizará de manera diferente en función del soporte en el que éstas se hubiesen presentado:

– Si la factura fuera presentada en soporte papel, debería ser inscrita en el correspondiente registro administrativo y anotada en el registro contable de facturas (1365) indicando por cada una de ellas las fechas de expedición y de presentación ante el registro administrativo, el número de identificación fiscal o el número de identificación equivalente así como el nombre y apellidos, razón o denominación social completa del expedidor de la factura, el número de factura y, en su caso, serie, su importe y unidad monetaria (1366), y los códigos de los órganos competentes (1367) para su tramitación y para la contabilización de la misma (1368).

– Si la factura fuese electrónica será recibida por cada entidad a través del correspondiente Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas (1369), con anotación en el respectivo registro electrónico

(1362) Disposición transitoria primera de la LFE.

(1363) Artículo 5.4 de la Orden HAP/492/2014.

(1364) El registro administrativo en el que se reciba una factura la remitirá inmediatamente a la oficina contable competente para su anotación en el registro contable correspondiente, procediendo a asignarla el correspondiente código de identificación. Dicho registro estará interrelacionado o integrado con el sistema de información contable, a tenor de lo previsto en el artículo 8.2 de la LFE.

(1365) Artículo 5.1 de la Orden HAP/492/2014.

(1366) Codificación ISO 4217 Alpha-3.

(1367) Codificado de acuerdo con el directorio DIR3 de unidades administrativas gestionado por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.

(1368) Artículo 5.3 de la Orden HAP/492/2014.

(1369) Orden HAP/1074/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas (en lo sucesivo, Orden HAP/1074/2014), determina los requisitos técnicos y funcionales de los puntos generales de entrada de facturas electrónicas con carácter básico y, en particular, pone en funcionamiento el servicio FACe, Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado que servirá como punto de intermediación entre quien presenta la factura y la oficina contable competente para su registro, así como las normas de adhesión al mismo por parte de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. Dicha Orden fue desarrollada por la Resolución de 10 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, por la que se establecen las condiciones técnicas normalizadas

administrativo, para inmediatamente, y de forma automática, ser remitidas al registro contable de facturas que corresponda (1370), con expresión del número de asiento registral asignado y de la fecha y hora del mismo (1371), y al centro gestor, entidad u organismo destinatario de la factura.

Cualquiera que sea el soporte de las facturas presentadas será necesario que la oficina de contabilidad las distribuya o ponga a disposición de los correspondientes órganos de contratación que figuren en la propia factura, a efectos de realizar, si procede, el procedimiento de conformidad con la entrega del bien o la prestación del servicio realizada (1372) que dará lugar al reconocimiento de la obligación, previa intervención limitada previa que será realizada por el interventor delegado correspondiente (1373). Para realizar el mencionado trámite dichos órganos deberán habilitar los servicios o medios adecuados para ello (1374).

En el caso de que hubiera que realizar el trámite preliminar de aceptación o rechazo de cada factura, deberá anotarse en el registro contable de facturas la fecha de su aceptación, rechazo, devolución o anulación (1375). Por cada factura se dejará constancia en el sistema de información contable de la fecha en la que se inicia el cómputo del plazo de pago de 30 días

del Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas. Sobre el funcionamiento del servicio FAcce véanse la Resolución de 25 de junio de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen las condiciones de uso de la plataforma FAcce-Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado, y la Orden PRE/1838/2014, de 8 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se aprueba *Cl@ve*, la plataforma común del Sector Público Administrativo Estatal para la identificación, autenticación y firma electrónica mediante el uso de claves concertadas.

(1370) Respecto de dicho asunto, el artículo 10 de la Orden HAP/492/2014 dispone que las condiciones técnicas normalizadas de las interfaces corresponderá, conjuntamente, a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y a la Intervención General de la Administración del Estado, oído el Consejo Superior de Administración Electrónica.

(1371) Artículo 5.2 de la Orden HAP/492/2014.

(1372) Artículo 6 de la Orden HAP/492/2014.

(1373) El órgano de control interno tendrá acceso a la documentación justificativa, a la información que conste en el registro contable de facturas, y a la contabilidad en cualquier momento, a tenor de lo previsto en el artículo 12.1 de la LFE.

(1374) Artículo 11 de la Orden HAP/492/2014.

(1375) Artículos 4.2, 7 y 8 de la Orden HAP/492/2014. En este sentido, el Considerando 34 de la Directiva 2014/55/UE, de 16 de abril, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, establece que *«Al vencimiento de los plazos de transposición previstos en la presente Directiva, los poderes y las entidades adjudicadoras deben estar obligados a recibir y procesar las facturas electrónicas que cumplan la norma europea sobre facturación electrónica y cualquiera de las sintaxis que figuren en la lista publicada por la Comisión en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por lo tanto, los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras no deben rechazar facturas electrónicas que reúnan los citados requisitos debidos únicamente al incumplimiento de otros requisitos (por ejemplo requisitos nacionales o de sectores específicos o requisitos técnicos adicionales de cualquier tipo), distintos de los incluidos específicamente en la presente Directiva. No obstante, esta obligación no debe impedir que se apliquen otros motivos imperativos de denegación, como los relacionados con obligaciones contractuales. Antes de pagar la factura, los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras deben seguir contando en todo momento con la posibilidad de verificar si su contenido refleja correctamente la transacción comercial subyacente (por ejemplo, si el importe de la factura es correcto) y si la factura se ha remitido al destinatario correcto»* (el subrayado es de los autores de esta obra).



naturales al que ya se ha hecho referencia, según establece el artículo 198.4 de la LCSP (1376).

Si no se produjera el reconocimiento de la obligación (1377), dicha oficina efectuará el correspondiente requerimiento al órgano competente que, en caso de que transcurrieran más de 3 meses desde que la factura fue anotada, será incluido en el informe trimestral que remitirá al órgano de control interno dentro de los 15 días siguientes a cada trimestre natural. Anualmente, dicho órgano de control interno elaborará un informe en el que evaluará el cumplimiento de la normativa en materia de morosidad.

La anotación continua en el registro contable de facturas de los distintos estados por los que vaya pasando la factura, permitirá que se convierta en un instrumento clave para el seguimiento del cumplimiento de los compromisos de pago de las entidades y organismos públicos, a la vez que sea un medio para informar a quien hubiera presentado la factura sobre el estado de la misma (1378) [sobre si ha sido registrada en el registro contable de facturas, sobre si ha sido contabilizada la obligación reconocida, sobre si ha sido pagada, o sobre si ha resultado anulada o rechazada (1379)].

En caso de aprobación de conformidad y reconocimiento de la obligación, se anotará la fecha de contabilización de la obligación reconocida correspondiente. La tramitación contable de la propuesta u orden de pago identificará la factura o facturas mediante el correspondiente código de identificación asignado por el registro contable de facturas.

Como instrumento de control de la posible deuda comercial generada por el órgano de contratación, en caso de que se haya rebasado el plazo de pago previsto en el artículo 198.4 de la LCSP generando la obligación de abonar al contratista el precio y el abono del correspondiente interés de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, el interventor delegado emitirá un informe anual en el que evaluará el cumplimiento de dicha normativa.

El órgano de contratación que actuará como órgano tramitador elaborará trimestralmente un informe que remitirá al órgano de control interno dentro de los 15 días siguientes a cada trimestre natural.

(1376) Artículo 7 párrafo segundo de la Orden HAP/492/2014.

(1377) Artículo 10 de la LFE.

(1378) En este sentido, el artículo 4.3 de la Orden HAP/492/2014 establece que la Administración Pública proporcionará información sobre el estado de las facturas a petición previa del proveedor o del presentador de las mismas, a través del registro administrativo de procedencia, entre ellos, en el caso de las facturas electrónicas, del que corresponda al respectivo Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas. No obstante, en el caso de facturas en papel, cada entidad podrá establecer un procedimiento alternativo para proporcionar esta información.

(1379) Artículos 9.2 de la Orden HAP/492/2014.



Como no se podía implementar directamente el nuevo procedimiento por falta de medios materiales, había que establecer un mecanismo «puente» a lo largo del ejercicio 2014 y hasta el 15 de enero de 2015 para hacer efectivo el uso de las facturas electrónicas en las Administraciones Públicas, y así sustituir la factura en soporte papel, a través de su presentación en el correspondiente registro administrativo. Con este propósito se crearon y se puso en funcionamiento tres puntos generales de entrada de facturas (1380) electrónicas, correspondientes al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales (1381).

En dichos puntos generales de entrada de facturas electrónicas se reciben todas las que correspondan a entidades, entes y organismos vinculados o dependientes, aunque cabe la posibilidad de que alguna Comunidad Autónoma (1382) o Entidad Local (1383) se adhiriera a algún Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas que proporcione otra Administración Pública (1384).

A los tres puntos generales de entrada de facturas electrónicas y a los registros contables se le ha dado la publicidad apropiada (1385).

(1380) A tenor del artículo 6.6 de la LFE corresponderá a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y a la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos la determinación conjunta de las condiciones técnicas normalizadas del Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas. Véanse además la Orden HAP/1074/2014 que, en uso de la habilitación legal de la disposición final sexta de la LFE, determina los requisitos técnicos y funcionales de los puntos generales de entrada de facturas electrónicas con carácter básico y, en particular, pone en funcionamiento el servicio FAcE, Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado que servirá como punto de intermediación entre quien presenta la factura y la oficina contable competente para su registro, así como las normas de adhesión al mismo por parte de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. Dicha Orden fue desarrollada por la Resolución de 10 de octubre de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, por la que se establecen las condiciones técnicas normalizadas del Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas. Sobre el funcionamiento del servicio FAcE véanse la Resolución de 25 de junio de 2014, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen las condiciones de uso de la plataforma FAcE-Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado, y la Orden PRE/1838/2014, de 8 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se aprueba *Cl@ve*, la plataforma común del Sector Público Administrativo Estatal para la identificación, autenticación y firma electrónica mediante el uso de claves concertadas.

(1381) La disposición derogatoria de la LFE, establece que desde su entrada en vigor, el 17 de enero de 2014, quedará derogado el registro de facturas en las Administraciones locales regulado en el artículo 5 de la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

(1382) Las Comunidades Autónomas podrán adherirse a la utilización del Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas que proporcione el Estado, a tenor del artículo 6.1, párrafo final de la LFE.

(1383) Las Entidades Locales podrán adherirse a la utilización del Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas que proporcione su Diputación, Comunidad Autónoma o el Estado, a tenor del artículo 6.1, párrafo penúltimo de la LFE.

(1384) Véase la disposición adicional quinta de la LFE.

(1385) Disposición adicional sexta de la LFE.



Las facturas electrónicas presentadas a través de cualquier Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas producirán una entrada automática en un registro electrónico de la Administración Pública gestora de dicho punto, proporcionando un acuse de recibo electrónico con acreditación de la fecha y hora de presentación.

La recepción de la factura en el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas y su anotación en el registro contable de facturas tendrá únicamente los efectos que, de acuerdo con la LRJSP, se deriven de su presentación en un registro administrativo (1386).

Una vez recibidas en dicho punto, serán puestas a disposición o remitidas electrónicamente, mediante un servicio automático, al registro contable de facturas que corresponda en función de la oficina contable que figura en la factura (1387) que procederá a asignarla el correspondiente código de identificación (1388) que será comunicado al Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas.

Mientras no estuvo disponible el registro contable de facturas, el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas proporcionaba una solución de intermediación, bien a través de un servicio automático de puesta a disposición o bien a través de su remisión electrónica, entre quien presenta la factura y el órgano administrativo al que corresponda su tramitación (1389). Sin embargo, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, se creó el Registro Contable de Facturas en la IGAE, para establecer un vía de entrada pública (1390).

Como ya se ha señalado, a partir del 15 de enero de 2015 fue obligatorio el uso y presentación de facturas electrónicas cuando el proveedor de bienes y servicios sea una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada, una persona jurídica y entidades sin personalidad jurídica que carezca de nacionalidad española, un establecimiento permanente y sucursal de entidad no residente en territorio español en los términos que establece la normativa tributaria, una UTE, una agrupación de interés económico, una agrupación de interés económico europea, un fondo de

(1386) Artículo 11 de la LFE.

(1387) Artículo 6.5 de la LFE.

(1388) A tenor del artículo 9.1, párrafo tres de la LFE, el Estado, las Comunidades Autónomas y los municipios de Madrid y Barcelona, podrán excluir reglamentariamente de esta obligación de anotación en el registro contable a las facturas cuyo importe sea de hasta 5.000 euros, así como las facturas emitidas por los proveedores a los servicios en el exterior de cualquier Administración Pública hasta que dichas facturas puedan satisfacer los requerimientos para su presentación a través del Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas, de acuerdo con la valoración del Ministerio de Hacienda y Función Pública, y los servicios en el exterior dispongan de los medios y sistemas apropiados para su recepción en dichos servicios.

(1389) Disposición transitoria tercera de la LFE.

(1390) <http://www.igae.pap.minhfp.gob.es/sitios/igae/es-ES/rcf/Paginas/rcf.aspx>. (consultado 3/01/2018).

pensiones, un fondo de capital riesgo, un fondo de inversiones, un fondo de utilización de activos, un fondo de regularización del mercado hipotecario, un fondo de titularización hipotecaria o un fondo de garantía de inversiones, salvo que las Administraciones Públicas decidieran excluir reglamentariamente, hasta que puedan satisfacer los requerimientos precisos, a las facturas cuyo importe sea de hasta 5.000 euros y a las emitidas por los proveedores de los servicios en el exterior (1391).

Pero, a pesar de lo señalado, ha sido la disposición adicional trigésima segunda de la LCSP la que ha dado el espaldarazo a la obligación de presentación de facturas en un registro administrativo e identificación de órganos al establecer lo siguiente:

1. El contratista tendrá la obligación de presentar la factura que haya expedido por los servicios prestados o bienes entregados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma.

2. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo que se aprueben a partir del 9 de marzo de 2018, fecha de entrada general de la LCSP, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, así como la identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente.

3. Antes del 30 de junio de 2018, por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, se pondrá a disposición de los operadores económicos y particulares un Registro Electrónico Único que, entre otras funcionalidades, permitirá acreditar la fecha en que se presenten facturas por los subcontratistas al contratista principal y traslade dichas facturas al destinatario de las mismas conforme a la configuración para recibir las facturas electrónicas que consignen en el directorio de empresas (1392).

Esta modalidad estará basada en un certificado reconocido para personas jurídicas o entidades con personalidad jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.1.a) del Real Decreto 1619/2012, de 30 de no-

(1391) Artículo 4 de la LFE.

(1392) A tenor de la disposición adicional segunda de la LFE, «*En tanto no se apruebe la Orden ministerial prevista en el artículo 5, las facturas electrónicas que se remitan a las Administraciones Públicas se ajustarán al formato estructurado de la factura electrónica Facturae, versión 3.2, y de firma electrónica conforme a la especificación XMLAdvanced Electronic Signatures (XAdES)*». Finalmente fue aprobada la Orden PRE/1838/2014, de 8 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se aprueba *Cl@ve*, la plataforma común del Sector Público Administrativo Estatal para la identificación, autenticación y firma electrónica mediante el uso de claves concertadas.



viembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación (1393).

Se trata de una firma efectuada por medio de sello electrónico avanzado basado en un certificado reconocido para personas jurídicas o entidades sin personalidad jurídica (1394), siempre que identifique a la misma a través de su denominación o razón social y su número de identificación fiscal.

En tanto no se desarrolle el contenido del citado sello (1395), las facturas electrónicas que se presenten ante las Administraciones Públicas podrán garantizar su autenticidad e integridad mediante un certificado que resulte válido en la plataforma de validación de certificados electrónicos @firma del Ministerio de Hacienda y Función Pública (1396).

La factura electrónica será válida y tendrá los mismos efectos tributarios que la factura en soporte papel (1397).

c) BREVE REFERENCIA AL FUTURO DE LA REGULACIÓN DE LA FACTURA ELECTRÓNICA

El futuro de la firma electrónica pasa, a juicio de los autores de esta obra, por superar las limitaciones actualmente existentes en torno a crear un sistema de firma electrónica reconocida que tenga carácter transnacional.

Actualmente si una persona quiere firmar electrónicamente en un país del Espacio Económico Europeo ha de registrarse ante una entidad certificadora establecida en el mismo, es decir, no se podrá firmar electrónicamente, con el mismo valor jurídico que una firma estampada presencialmente en soporte papel, en país distinto a aquel que acredita la certificación de los servicios de firma electrónica reconocida.

(1393) Artículo 10.1.a) establece que «La autenticidad del origen y la integridad del contenido de la factura electrónica podrán garantizarse por cualquiera de los medios señalados en el artículo 8.

En particular, la autenticidad del origen y la integridad del contenido de la factura electrónica quedarán garantizadas por alguna de las siguientes formas:

a) *Mediante una firma electrónica avanzada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, basada, bien en un certificado reconocido y creada mediante un dispositivo seguro de creación de firmas, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 6 y 10 del artículo 2 de la mencionada Directiva, o bien, en un certificado reconocido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 10 del artículo 2 de la mencionada Directiva.»*

(1394) A tenor del artículo 5.2.b) de la LFE, la solicitud del sello electrónico avanzado podrá formularse bien mediante comparecencia presencial de una persona física que acredite su representación, bien por medios electrónicos mediante el DNI electrónico y la remisión de los documentos que acrediten su poder de representación en formato papel o electrónico.

(1395) Véase la Orden PRE/1838/2014, de 8 de octubre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 19 de septiembre de 2014, por el que se aprueba *Cl@ve*, la plataforma común del Sector Público Administrativo Estatal para la identificación, autenticación y firma electrónica mediante el uso de claves concertadas.

(1396) Disposición transitoria segunda de la LFE.

(1397) Disposición adicional segunda de la LFE.



Conscientes de dicha situación, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo han avanzado en el sentido expresado en las ya citadas Directivas 2014/24/UE y 2014/55/UE.

En la mencionada Directiva 2014/24/UE se insiste en la idea de que los medios de información y comunicación electrónicos deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en todas las fases del procedimiento de contratación (1398), mientras que en el citado sentido en la Directiva 2014/55/UE se prevé avanzar en la eliminación o reducción de los obstáculos transfronterizos al comercio derivados de la coexistencia de diferentes requisitos legales y normas técnicas en relación con la facturación electrónica y de su falta de interoperabilidad, a través de la aprobación de una norma europea sobre facturación electrónica (1399) que sea tecnológicamente neutra y compatible con las normas internacionales sobre facturación electrónica pertinentes (1400). Para facilitar las adaptaciones técnicas y de procedimiento que se deben emprender en materia de contratación pública, los Estados miembros, siempre que sea posible, deben poner la ayuda de los Fondos Estructurales a disposición de todos los poderes adjudicadores, entidades adjudicadoras y PYMES (1401).

La LCSP dispone en su Preámbulo que, como consecuencia de dicha Directiva 2014/24/UE (1402), «... debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario».

Al mismo tiempo es un hecho destacable la habilitación normativa que se ha efectuado a través de la disposición final sexta de la LCSP (1403) que señala que:

«1. Se autoriza al Ministro de Hacienda y Función Pública para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas de desarrollo de la disposición adicional decimosexta que puedan ser

(1398) Considerando 52.

(1399) Considerando 5. El Foro Europeo Multilateral sobre Facturación Electrónica, establecido por la Decisión de la Comisión de 2 de noviembre de 2010, adoptó por unanimidad en octubre de 2013 una Recomendación sobre el uso de un modelo de datos semánticos para respaldar la interoperabilidad de la facturación electrónica (Decisión de la Comisión, de 2 de noviembre de 2010, por la que se establece el Foro Europeo Multilateral sobre Facturación Electrónica (DOC 326 de 3 de diciembre de 2010, p. 13).

(1400) Considerando 20.

(1401) Considerando 42.

(1402) Conforme al artículo 11 de la Directiva 2014/24/UE el plazo concluía el 27 del noviembre de 2018 pero, ante el retraso en la transposición, se ha optado con buen criterio con su aplicación inmediata.

(1403) Disposición final sexta. Habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica. LCSP.

necesarias para hacer plenamente efectivo el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en los procedimientos regulados en esta Ley.

2. Igualmente, el Ministro de Hacienda y Función Pública, mediante Orden, definirá las especificaciones técnicas de las comunicaciones de datos que deban efectuarse en cumplimiento de la presente Ley y establecerá los modelos que deban utilizarse.

3. El Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Hacienda y Función Pública y de Energía, Turismo y Agenda Digital, adoptará las medidas necesarias para facilitar la emisión de facturas electrónicas por las personas y entidades que contraten con el sector público estatal, garantizando la gratuidad de los servicios de apoyo que se establezcan para las empresas cuya cifra de negocios en el año inmediatamente anterior y para el conjunto de sus actividades sea inferior al umbral que se fije en la Orden a que se refiere el párrafo anterior.»

Otra cuestión es la que plantea algunas dudas respecto al colectivo de obligados a la factura electrónica dado el distinto ámbito subjetivo de la LFE (art. 4) y de la LPACAP (art. 14), más amplio en este segundo caso, extendiéndose las mismas incertidumbres también a la posibilidad de exclusión reglamentaria para facturas de hasta 5.000 € prevista en la LFE.

La diferencia de ámbitos subjetivos ha de resolverse en el ámbito de «*las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas*», en favor del criterio de especialidad, es decir, atendiendo a lo previsto en el artículo 4.1 de la LFE.

De considerarse preciso, «*de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica*», entre otros, equiparar ambos ámbitos sería preferible efectuarlo mediante reforma normativa expresa de la LFE tal como se señala por la IGAE (1404).

(1404) Circular 1/2018, de 23 de enero, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre los efectos derivados de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

http://www.igae.pap.minhfp.gob.es/sitios/igae/es_ES/rcf/Documents/Circular1_2018LFE%20vs%20LLPACAP.pdf

SEXTA PARTE

RÉGIMEN DE RECURSOS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

A. Largo desencuentro con la contratación pública comunitaria

a) OLVIDO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE RECURSOS

1. *Introducción*

En relación a este asunto, es preciso recordar cómo el Legislador español defendió erróneamente desde un primer momento en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, cargado sin duda, a juicio de los autores de esta obra, de un excesivo optimismo carente de fundamento que los hechos se encargaron de poner de manifiesto, que la transposición de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en lo sucesivo, Directiva 89/665/CEE), era una materia ajena a la propia Ley (1405) porque ya existían en el ordenamiento jurídico interno una adecuada regulación que posibilitaba, sin necesi-

(1405) En la Exposición de Motivos, apartado 1.2 párrafo cuarto primer inciso, se señalaba de manera expresa lo siguiente: «No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido».



dad de transponerla, preservar los principios que se contenían en sus artículos 1 y 2.

Sin embargo, como ya se ha señalado, los hechos pusieron las cosas en su lugar y España fue condenada en varias ocasiones, como se analizará a continuación, porque sencillamente, como a continuación se va a poner de manifiesto, ni el modelo de perfección contractual, de corte francés de carácter consensual y antiformalista, ni la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en lo sucesivo, LJCA), ofrecían las garantías que presuponía el Legislador en la mencionada Ley 13/1995.

Efectivamente, ni la LRJPAC ni la LJCA eran capaces de cumplir los términos en que se manifiestan los artículos 1 (1406) y 2 (1407) de la Directiva 89/665/CEE.

2. *Consecuencias de la ausencia de transposición*

A pesar de lo señalado en el epígrafe anterior y de lo que se va a analizar a continuación, no ha de perderse de vista que realmente no se ha llevado a cabo una verdadera transposición de la Directiva 89/665/CEE. Ello generaba que los licitadores pudieran acudir a alegar la aplicación del efecto directo de la mencionada Directiva, e incluso que los órganos competentes para resolver pudieran acogerse a las excepciones previstas en la misma para no declarar la invalidez de un determinado contrato (1408).

(1406) El artículo 1 dispone que las decisiones de los poderes adjudicadores deban poder ser recurridas de modo eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible. Respecto de este asunto, es preciso recordar que los plazos de los recursos previstos en la LRJPAC son amplios (como mínimo un mes para el recurso de alzada y dos meses para el recurso contencioso-administrativo si hay resolución expresa. Si no es así, tres meses por silencio y dos más vía contenciosa [arts. 115 LRJPAC y 46 LJCA]), que es preciso agotar la vía administrativa para acudir a la contenciosa, y que, por último, la tramitación de los recursos contencioso-administrativos en materia de Contratación Pública no tienen reconocida un carácter urgente o preferente, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional lo pudiera llegar a declarar. De acuerdo con dichas premisas, era harto complicado que la afirmación del Legislador en 1995 pudiera razonablemente mantenerse en el terreno de los hechos.

(1407) Por su parte, en el artículo 2 de la citada Directiva 89/665/CEE se establece que deben existir poderes que adopten, lo antes posible y por procedimiento de urgencia, medidas provisionales, incluyendo la suspensión tanto del procedimiento de adjudicación como de la ejecución de la decisión adoptada por los poderes adjudicadores. Del análisis tanto de la LRJPAC como de la LJCA es fácil observar que, la primera (art. 111), solamente prevé la posibilidad de suspender la ejecución de las resoluciones recurridas pero no la adopción de medidas cautelares de carácter provisional, mientras que la segunda únicamente contempla la adopción de medidas pero solo en casos de inactividad de la Administración y de vía de hecho.

(1408) En relación con este tema, véase la STJUE de 11 de septiembre de 2014 (Caso Ministerio dell'Interno contra Fastweb SpA) sobre la interpretación del artículo 2 quinquies, apartado 4, de la Directiva 89/665/CEE como excepción al apartado 1, letra a) en relación a un contrato adjudicado por procedimiento negociado sin publicidad. Finalmente en el Considerando 54 el Alto Tribunal señala que «*En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo*



b) SUCESIVAS CONDENAS AL REINO DE ESPAÑA

Con los antecedentes relatados, se puede afirmar que la imposición al Reino de España de alguna condena por parte del TJUE por la no transposición de la Directiva 89/665/CEE era simplemente cuestión de tiempo como, efectivamente, así fue.

Así, la STJUE de 3 abril de 2008 (1409) dinamitó el sistema del recurso especial en materia de contratación que, hasta entonces, se había implementado en la LCSP (1410), y motivó la modificación de la propia naturaleza de los Contratos del Sector Público que ha pasado a considerar la formalización como elemento constitutivo de la perfección de los contratos (1411).

No se trató de una sentencia aislada sino de la culminación de un conjunto de desencuentros que, a lo largo de los últimos años, había caracterizado las relaciones entre el Legislador nacional y la normativa comunitaria de Contratación Pública en materia de recursos (1412).

2 quinquies, apartado 4, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un contrato público ha sido adjudicado sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siendo así que esa publicación era obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18, excluye que se declare la ineficacia del contrato si se cumplen los requisitos enunciados en dicho artículo, extremo que debe comprobar el tribunal remitente».

(1409) Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, asunto C-444/06.

(1410) Artículo 37 de la redacción originaria de la LCSP.

(1411) Hasta la reforma de la LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, el principio general imperante en nuestro ordenamiento, de inspiración francesa, era de naturaleza consensual en virtud del cual los contratos quedaban perfeccionados con la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, no añadiendo la formalización nada a la existencia del propio contrato. Era un esquema de una contratación administrativa eminentemente antiformalista en la que la forma escrita, aunque obligatoria, carecía de carácter constitutivo ya que éste se reservaba a la adjudicación definitiva ya que desde la misma el contrato existía y obligaba como tal.

(1412) En el señalado sentido es preciso recordar cómo, contra de lo manifestado por el Legislador en el preámbulo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, España fue condenada en diversas ocasiones por el TJUE (STJUE de 15 de mayo (Asunto C-214/00) y 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00) por incumplimiento de la Directiva 89/665/CEE, de recursos en las «Directivas Clásicas» (Directivas 71/305 y 89/440 para contratos de obras, y Directivas 77/62, 80/767 y 88/295 para contratos de suministro), por no haber extendido el referido sistema a las decisiones de una sociedad de Derecho Privado, que reunía las condiciones del concepto de «organismo de derecho público» previsto en la normativa comunitaria. En la citada STJUE de 15 de mayo de 2003, señaló que «al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público», concluyendo que «el estatuto de Derecho privado no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1 de la Directiva 89/665». En la mencionada STJUE de 16 de



c) MODIFICACIÓN DEL MODELO

1. *Doctrina recogida en la STJUE de 3 de abril de 2008*

Como se acaba de indicar en el anterior epígrafe, la STJUE de 3 abril de 2008 (1413) motivó la modificación de la propia naturaleza de los Contratos del Sector Público que ha pasado a considerar la formalización como elemento constitutivo de la perfección de los contratos.

Efectivamente, la citada sentencia con su declaración de que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notificara la decisión de adjudicación a todos los licitadores ni un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y la perfección del contrato, puso en evidencia el débil armazón jurídico que sustentaba el régimen de recursos y el recurso especial en materia de contratación al señalar los siguientes incumplimientos:

– No permitía impugnar ninguna decisión o acto de los órganos de contratación posterior a la decisión de adjudicación provisional (1414), lo que suponía que la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no podía ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia perfección del contrato.

– Se ponía en entredicho la brevedad del plazo para la interposición del recurso especial, a contar desde la notificación del acto de adjudicación provisional que podía efectuarse por la publicación en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, ya que se estimaba que no en todos los casos era suficientemente amplio para garantizar la eficacia del propio recurso ya que se consideraba que los licitadores que considerasen lesionados sus derechos no disponían de una posibilidad real de recurrir.

octubre de 2003, la condena se produjo en relación a la licitación relativa a la ejecución de obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SEIPSA), por no haber incorporado a su normativa de Contratación Pública un régimen de recursos que pudiese a disposición de los licitadores un sistema equivalente al previsto en la citada Directiva.

(1413) Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, asunto C-444/06.

(1414) En este sentido señala que no permitía la impugnación del acto de la adjudicación definitiva que es la que realmente suponía la perfección del contrato, ya que no se preveía un periodo de espera obligatorio entre la notificación de la decisión a los licitadores interesados y la celebración del contrato, y tampoco de las decisiones relativas a la evaluación de los documentos que acreditaban que el licitador al que se hubiera adjudicado provisionalmente el contrato se hallaba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, que tuvieran por objeto acreditar la aptitud del adjudicatario para ejecutar el contrato o que justificaran la correcta constitución de la garantía.



- Se cuestionaba que, aún después de notificada la decisión de adjudicación provisional, los motivos de la misma podían no haberse dado a conocer a los licitadores pues se hacía condicionar el acceso a esa información a la previa solicitud por parte de éstos.
- El recurso especial no permitía recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues había de presentarse ante éste o, en algún caso, ante el organismo al que dicho órgano estuviera adscrito.

2. *Impulso de la reforma*

A consecuencia de lo indicado y no sin bastantes resistencias (1415), finalmente se acometió la reforma que tuvo como referente los siguientes puntos clave:

(1415) Por Carta PRE-228 2190/2002, de fecha 24 de abril de 2008, la Comisión Europea se dirigió a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea señalando que, en el plazo de dos meses a contar desde la sentencia, deberían comunicarse las medidas adoptadas o que se proponga adoptar el Gobierno español para dar cumplimiento a la referida sentencia. En contestación al requerimiento de la Comisión, en informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 23 de mayo de 2008, se subrayaba que, a principios del mes de mayo de 2008 había entrado en vigor la LCSP en la que se realizaba un notable esfuerzo para superar el déficit de regulación de la legislación nacional en cuanto a los recursos en materia de contratación, concluyendo que la nueva Ley cumplía con las exigencias de la Sentencia de 3 de abril de 2008. A través de la Carta de emplazamiento 228 2190/2002 la Comisión Europea señala que la LCSP no cumplía las exigencias derivadas del aludido fallo del Tribunal de Justicia e invitaba al Gobierno español a remitirle sus observaciones en un plazo de 2 meses. En informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 25 de febrero de 2009, se da respuesta a las observaciones formuladas por la Comisión y se concluía que la LCSP cumplía las exigencias derivadas de la sentencia. Finalmente, en el Dictamen motivado 260 2190/2002 la Comisión Europea reitera su conclusión y emplaza al Gobierno de España a adoptar las medidas requeridas en el plazo de 2 meses. En nuevo informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 8 de febrero de 2010 se insiste una vez más en que la LCSP daba adecuado cumplimiento a las exigencias derivadas de la sentencia pero, dado el carácter que iban tomando los acontecimientos con la Comisión, finalmente se decidió señalar que en la elaboración del anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2007/66/CEE se tendrían en cuenta todas las consideraciones hechas por la Comisión para ajustar dicha regulación al Dictamen motivado.

En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 34/2010 reconoce que *«Ambas Leyes contienen ya normas reguladoras de los recursos o reclamaciones, según los casos, que pueden interponerse contra los actos de adjudicación o contra los actos del procedimiento administrativo que les sirve de base. E incluso ambas prevén el plazo de suspensión subsiguiente a la adjudicación, la suspensión del acto como consecuencia de la interposición del recurso o reclamación y la adopción de medidas cautelares. Quedan, sin embargo, por resolver algunas cuestiones tales como la relativa a la competencia para la resolución del recurso que la nueva Directiva exige se atribuya a un órgano independiente o a la suspensión de la adjudicación que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre el mantenimiento o no de ella o sobre el fondo.*

Asimismo, la incorporación de las normas de la Directiva exige una precisa determinación de cuál es el momento a partir del cual comienza el cómputo del plazo de espera y del plazo para la interposición del recurso, así como una nueva regulación del contenido de las notificaciones que deben hacerse a los licitadores para comunicarles con suficiente detalle cuál es el resultado de la licitación y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido.

Del mismo modo, ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre



- La necesidad, como ya se ha adelantado en esta obra, de acabar definitivamente con la situación de que, con la regulación anterior (1416), no fuera posible impugnar los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva. Para ello se refunde en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo (1417), sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso.

- La especificación del contenido que han de incluir los acuerdos de adjudicación que deben hacerse a los licitadores para comunicarles, con suficiente detalle, cuál es el resultado de la licitación y las razones que han llevado al órgano de contratación a adoptar una decisión en tal sentido.

- La determinación del plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, así como la concreción de a partir de qué momento empieza el período de espera entre el acuerdo de adjudicación y la formalización del contrato.

- La fijación del órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación que la citada Directiva 2007/66/CEE exige que se atribuya a un órgano independiente.

- El establecimiento de que la medida cautelar de suspensión de la adjudicación deba mantenerse hasta que el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación resuelva sobre su mantenimiento o sobre el fondo del asunto.

la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre. Esta circunstancia ha llevado a la necesidad de refundir en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso. Esta modificación, ha generado la necesidad de modificar una serie importante de artículos de la Ley que han resultado afectados por ella aún cuando no tengan relación directa con el recurso especial en materia de contratación. Por otra parte, y puesto que el Tribunal Constitucional expresamente ha admitido que el Estado legisle con carácter supletorio sobre materias de competencia autonómica en los supuestos en que se trate de incorporación al Derecho interno de la normativa comunitaria, se prevé en la disposición transitoria segunda un régimen para las Comunidades Autónomas aplicable en tanto no hayan creado sus propios órganos encargados de la resolución de recursos.

Ello, unido al hecho de que es preciso dar cabida en ambas Leyes a la declaración de nulidad de los contratos en los términos previstos en la Directiva, aconseja hacer una reforma que no tiene más alcance que el adaptar ambas Leyes a las nuevas exigencias de la Directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre».

(1416) Artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su redacción originaria.

(1417) Artículo 27.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificado por el artículo primero, apartado seis de la Ley 34/2010.



De acuerdo con lo señalado, se acometió la reforma del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con el fin de adaptar la regulación española a la prevista en la normativa comunitaria de Contratación Pública. Para ello, fue necesario que, previamente y como ya se ha indicado, se modificara el sistema tradicional de perfección de los Contratos del Sector Público (1418). La mencionada reforma, después de descartar algunas propuestas (1419), se plasmó en la creación del Libro VI, bajo el título de «*Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos*», que introdujo en el TRLCSP los nuevos artículos 40 a 50.

Efectivamente, la nueva regulación del recurso especial en materia de contratación seguía ciñendo su ámbito de aplicación al mismo existente en la redacción originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (1420), es decir, fundamentalmente, a los contratos sujetos a regulación armonizada (1421), incluyéndose en dicho ámbito los contratos sujetos a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de

(1418) Dicha adaptación se produjo respecto de la Directiva 2007/66/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (DOUE de 20 de diciembre de 2007), cuyo plazo máximo de transposición finalizó el 20 de diciembre de 2009, a través del artículo primero, apartado tres de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, que entró en vigor el 9 de septiembre de 2010 (disposición transitoria tercera), salvo en lo previsto en su disposición transitoria primera en cuanto al primer nombramiento y constitución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE.

(1419) En el Anteproyecto de ley se ubicaba el «*régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos*», creando un nuevo título IV en el Libro V, relativo este último a la «*organización administrativa para la gestión de la contratación*» y en el que se contiene la regulación sobre órganos de contratación, de asistencia y consultivos, registros oficiales y plataforma de contratos. El Consejo de Estado, en el Dictamen de 29 de abril de 2010 sobre el citado Anteproyecto (número de expediente 499/2010), señalaba al respecto que «*Es claro que, desde el punto de vista sustantivo, el único punto de conexión entre el ámbito objetivo del mencionado Libro V (que resulta de su título y contenido) y la regulación que se pretende introducir en su nuevo título IV es el relativo a la creación y definición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Por el contrario, la regulación del objeto del recurso, del procedimiento y de otros aspectos del citado régimen especial nada tienen que ver con el objeto de dicho Libro y estarían mejor ubicados al final del Libro III, relativo a la selección del contratista y adjudicación de los contratos, o de modo similar a como figura la regulación del recurso en la redacción vigente (como último capítulo del título I del Libro I) de la Ley. En ambos casos, el problema consistiría en insertar entre ocho y diez artículos en el articulado de la Ley*».

(1420) Artículo 37.1.

(1421) Artículo 40.1.



Contratos del Sector Público en los Ámbitos de la Defensa y de la Seguridad (1422).

Por lo tanto, junto a este recurso especial, existía y existe en materia de contratación del Sector Público, en los términos a los que se va a hacer referencia a continuación, un régimen de recursos administrativos ordinarios para su interposición contra cualquier acto y basado en cualquier motivo.

En la reforma operada se apostó por atribuir la competencia para conocer del recurso especial en materia de contratación a un órgano administrativo, si bien es cierto que con unas notas distintas, que le configuraban de modo diferente en cuanto que ya no se trataba, cuando la entidad contratante era una Administración Pública-Poder Adjudicador a los efectos del TRLCSP, de una especie de recurso de reposición en el que, como en éste, se atribuía la competencia al propio órgano de contratación. Finalmente, el Legislador apostó por un sistema de modelo alemán (1423) a diferencia de otros modelos de trasposición en los que, por ejemplo el francés (1424), se encomienda la competencia para conocer de este recurso en relación a cualquier contrato público, tanto si se encuentra como si no está sujeto a regulación armonizada, a un órgano jurisdiccional especializado.

2. DUALIDAD DEL SISTEMA

El sistema previsto en la LCSP respecto al régimen de recursos en vía administrativa y a su objeto, se corresponde con el reflejado en el siguiente gráfico:

(1422) Véase sobre este asunto la Resolución del TACRC número 49/201, de 30 de enero, en relación al Acuerdo Marco para la adquisición centralizada de munición de cartuchería calibre 5,56 x 45 mm eslabonada en el ámbito del Ministerio de Defensa.

(1423) Países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados.

(1424) Fija una transposición por aplicabilidad a todos los contratos (*«référé précontractuel»*), creado en cumplimiento de la normativa comunitaria, y que se extiende al control de la observancia de las reglas de publicidad y concurrencia de todos los contratos, estén o no en el ámbito de aplicación de las directivas (arts. L 551-1 y 2 y R 551-1 a 4 del Código de Justicia Administrativa, introducidos por Ley de 4 de enero de 1992 y Decreto de 7 de septiembre de 1992, respectivamente). Se trata de un recurso jurisdiccional urgente de carácter preventivo, que debe plantearse antes de la conclusión del contrato. Confiere amplios poderes de que dispone el juez administrativo (anular las decisiones que considere antijurídicas y suprimir las cláusulas y prescripciones que supongan limitación a la publicidad o a la concurrencia), y su decisión, que debe recaer en un plazo máximo de 20 días, es inmediatamente ejecutoria, siendo susceptible de recurso de casación ante el Conseil d'État.



SEXTA PARTE. RÉGIMEN DE RECURSOS

RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: ACTOS Y DECISIONES ACORDADOS POR PODERES ADJUDICADORES				
SISTEMA DUAL	TRLCS P		LCSP	
SISTEMA DUAL	SARA	REC. ESPECIAL	OBRAS > 3.000.000	ACUERDO MARCO Y BASADOS SIST. DIN. ADQ. Y ESPECÍFICOS
			STRO/SS > 100.000	
			CONCESIONES > 3.000.000	
			CONTRATOS ADMVOS ESPECIALES/ ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS	NO FIJAR PRECIO O > 100.000
	NO SARA	REC. ADMVOS	RESTO	SARA
OBJETO				
ACTOS ADMVOS	ANUNCIOS LICITACIÓN	PLIEGOS/OTROS DOCUMENTOS CONTRACTUALES		
	ACUERDOS ADJUDICACIÓN	MODIFICACIÓN C/ ARTÍCULOS 202-203		
	ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS	RESCATE DE CONCESIONES		
ACTOS ADMVOS TRÁMITE DE LA MESA O DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN	ADMISIÓN O INADMISIÓN DE CANDIDATOS O LICITADORES	ADMISIÓN O EXCLUSIÓN DE OFERTAS, INCLUIDAS ANORMALMENTE BAJAS (ARTÍCULO 147)		

Gráfico número 26

(Se resaltan en color rojo las novedades incorporadas por la LCSP)

A. Recurso especial en materia de contratación

a) NATURALEZA JURÍDICA

El artículo 44 de la LCSP, al igual que hacía el artículo 40 del TRLCS P, mantiene las siguientes notas características de este recurso:

– Es un recurso especial porque, respecto de los actos o decisiones que sean susceptibles de ser recurridos, no cabrá la interposición de recursos administrativos ordinarios (1425). Se ha suprimido la referencia

(1425) Apartado 5 del artículo 44 de la LCSP. Resulta imprescindible que se agote la vía administrativa porque contra la resolución del recurso especial solamente procederá la interposición



que se hacía en el inciso final del artículo 40.5 del TRLCSP que se refería a que ello sería así «*salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas*», señalando en el artículo 41.3 que éstas podrían prever la interposición de un recurso administrativo previo al recurso especial en materia de contratación. A juicio de los autores de esta obra, dado que a tenor de la disposición final segunda.³ de la LCSP el artículo 44.5 tiene el carácter de legislación básica, dicha posibilidad ha desaparecido con la entrada en vigor de la LCSP.

– No se dará el recurso especial en el caso de que el expediente de contratación se hubiese tramitado, a tenor del artículo 113 de la LCSP, por el trámite de emergencia (1426).

– Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos a los precontractuales, contractuales o ajenos a la contratación que se recogen en el artículo 44.2 de la LCSP y a los que a continuación se va a hacer referencia en esta obra, podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación (1427).

En relación a estos defectos en la tramitación, a juicio de los autores de esta obra, es preciso señalar que ha de entenderse derogado el artículo 87.1 del RGTRLCAP por oponerse a lo previsto en la LCSP (1428). Dicho precepto establece un procedimiento en virtud del cual, determinada por la mesa de contratación la mejor proposición a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato.

de recurso contencioso-administrativo (art. 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

(1426) Apartado 4 del artículo 44 de la LCSP.

(1427) Apartado 3 del artículo 44 de la LCSP. En relación a estas irregularidades no invalidantes, es preciso tener en cuenta lo previsto en el artículo 52, sobre convalidación, y el artículo 109, sobre revocación de actos y rectificación de errores, de la LPACAP.

(1428) Disposición derogatoria de la LCSP. En este sentido se manifestaron los asistentes al I Encuentro de Coordinación entre los Organos de Recurso Especial en Materia de Contratación Pública, organizado en diciembre de 2012 por la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en la que participaron el TACRC, el Tribunal de Contratación Pública de la Asamblea de Madrid, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, y el Tribunal de Castilla y León, cuyos acuerdos se recogieron en acta de 28 de enero de 2013.



– La interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo (1429), ya que los interesados podrán, si lo estiman oportuno, acudir directamente a la vía contencioso-administrativa. Ahora bien, si se decide su interposición, el procedimiento continuará hasta que el órgano competente para resolverlo dicte resolución estimando, desestimando o inadmitiendo el recurso.

En el inciso final del apartado 7 del artículo 44 de la LCSP, se adiciona la nota de la gratuidad para los recurrentes.

b) ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. *Objetivo*

No obstante, es preciso señalar que la reforma introducida en la LCSP, más allá de cuestiones más o menos puntuales a las que se va a hacer referencia a continuación, presenta unas características especialmente relevantes al ampliar el ámbito de aplicación objetivo del recurso especial, ya no solo al que era su objeto en el TRLCSP, es decir, a las cuestiones precontractuales (1430), sino también a las cuestiones contractuales que en el TRLCSP eran objeto de cuestión de nulidad (1431), e incluso a determinados aspectos que caen fuera del ámbito contractual.

Efectivamente, el artículo 44.2 de la LCSP dispone que podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

– Precontractuales:

- Los anuncios de licitación, los pliegos (1432) y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

Respecto de la posible interposición del recurso especial contra los pliegos, a juicio de los autores de esta obra, es preciso señalar que resulta sorprendente que el Legislador admita la interposición del recurso especial contra los pliegos cuando, dicho muy sintéticamente y como ya se ha señalado en esta obra, los mismos no son nada sin que el órgano de con-

(1429) Véase la STSJ de la Comunidad de Madrid de 29 de noviembre de 2013.

(1430) Artículo 40 del TRLCSP

(1431) Artículo 39 del TRLCSP.

(1432) Los motivos de interposición más habituales ante el TACRC son, entre otros, los siguientes:

– Oscuridad en los pliegos y problemas de interpretación de los pliegos (Resoluciones números 44/2010, y 12, 87, 134/2011).

– Cláusulas inválidas (Resoluciones números 14, 65/2010, y 46, 55, 112, 118, 142, 193/2011).

– Objeto de contrato (Resoluciones números 89, 96, 102, 120, 153, 171, 178, 186, 196/2011).



tratación, a través del correspondiente acto administrativo, proceda a aprobar el expediente de contratación y a ordenar la apertura de la fase externa del contrato. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo o los PPTS son los principales documentos que articulan la fase interna del contrato pero no llegarán a desarrollar sus efectos si no son aprobados por el órgano de contratación. En este sentido, lo trascendente es la resolución de la autoridad que tiene competencia para contratar declarando la aprobación del expediente de contratación y la apertura del procedimiento de adjudicación (1433). De acuerdo con lo señalado, el objeto del recurso especial debería ser el acto administrativo dictado por el órgano de contratación aprobando el expediente de contratación (1434). En este sentido, resulta significativa la novedad introducida en el inciso final del artículo 57.2 de la LCSP que dispone que *«En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación»*.

- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (1435), siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

El mencionado artículo 44.2.b) de la LCSP adiciona, respecto de lo que se preveía en el artículo 40.2.b) del TRLCSP, que en todo caso se considerará que concurren dichas circunstancias en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 de la LCSP.

- Los acuerdos de adjudicación. En relación a este particular, es preciso recordar lo ya señalado en esta obra respecto a la motivación del

(1433) Artículo 117.1 de la LCSP.

(1434) Véase JCCA número 31/2005, de 29 de junio.

(1435) En relación a este asunto, se destacan las siguientes Resoluciones del TACRC:

- Números 66, 120, 125, 166, 167/2011: Sobre la inadecuación de la oferta técnica a las exigencias del pliego.

- Números 174, 194, 199/2011: Sobre la inadecuación de la oferta económica a las exigencias del pliego.

- Números 59, 107, 124, 131, 157/2011: Sobre incumplimiento documentación acreditativa de la capacidad y aptitud para contratar.

- Números 127, 131, 146/2011: Sobre no subsanación de errores en plazo.

- Números 18/2010, y 113, 114, 156, 198/2011: Sobre inadecuación de la manera de presentación de proposiciones.

- Números 28, 30, 32, 33/2010, y 139, 174/2011: Sobre otros aspectos tales como la presentación de oferta por encima del valor estimado del contrato, la presentación de la misma fuera de plazo, o la exclusión por haber participado en la elaboración de las especificaciones técnicas.



acuerdo de adjudicación contractual (1436). No obstante, resulta preciso dejar expresa constancia de que, a juicio de los autores de esta obra, podría darse el caso de que, a tenor del artículo 40.2, 3 y 4 de la LPACAP, una resolución podría ser desde el punto de vista de dicha Ley perfectamente válida y eficaz y, sin embargo, desde la perspectiva del artículo 151 de la LCSP, no reuniera los requisitos necesarios para que el licitador pudiera conocer las razones en las que podría motivar la interposición del recurso especial (1437).

– Contractuales:

- Las modificaciones incluidas o no en los pliegos que supongan un incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

- Los acuerdos de rescate de concesiones.

– Ajenas al ámbito contractual, como la formalización de encargos a medios propios en los casos en que éstos no cumplan los requisitos previstos en los artículos 30 a 33 de la LCSP y demás disposiciones legales aplicables.

En relación al ámbito de aplicación objetivo del recurso especial, se ha planteado si el TACRC podría entrar a considerar cuestiones diferentes a las planteadas por los recurrentes. Respecto a dicho aspecto, se ha acuñado la doctrina de que ello siempre será posible, sin que ello implique vulneración del principio de congruencia consagrado en el artículo 57.2 de la LCSP, pues para que prospere el recurso especial en materia de contratación basta con que el Tribunal pueda apreciar en el procedimiento una actuación que haya dado lugar a la vulneración de alguno de los mencionados principios, básicamente el de no discriminación entre los licitadores, y exista una pretensión del recurrente compatible con la finalidad del recurso (1438).

2. *Subjetivo*

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, aunque mantiene lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP que ceñía la posibilidad de la interposición de este recurso especial a los contratos administrativos o privados

(1436) Cuarta Parte sobre normas aplicables a la contratación de una Administración Pública-Poder Adjudicador, 8. Adjudicación Contractual.

(1437) Véase la Resolución del TACRC número 201/2012, de 20 de septiembre.

(1438) Véase, por todas, la Resolución del TACRC número 141/2012, de 28 de junio.



sujetos a regulación armonizada celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador y por una No Administración Pública-Poder Adjudicador (1439) y a los contratos subvencionados (1440), el artículo 44 de la LCSP, sin embargo introduce las siguientes novedades:

1. Rebaja el régimen de competencia por debajo del umbral comunitario que se toma como referencia, a tenor de la normativa comunitaria (1441), para entender que un contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada, distinguiendo los siguientes supuestos:

– Para contratos de obras y de concesión de obras cuyo valor estimado sea superior a 3.000.000 de euros, y para contratos de suministro y servicios de valor superior a 100.000 euros.

– Para acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en el apartado anterior, así para los contratos basados y para los contratos específicos (1442) en cualquiera de ellos.

2. Modifica las condiciones que se preveían en el artículo 40.1.c) del TRLCSP para los derogados contratos de gestión de servicios públicos

(1439) El artículo 47.1 de la LCSP, al igual que preveía el artículo 41.5 del TRLCSP dispone que *«Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido.*

Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el órgano competente para resolver el recurso será aquel que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas, ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado».

(1440) El artículo 47.2 de la LCSP, al igual que preveía el artículo 41.6 del TRLCSP establece que *«En los contratos subvencionados la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado».* En relación con lo señalado el artículo 23.2 de la LCSP dispone que *«Las normas previstas para los contratos subvencionados se aplicarán a aquellos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, en conjunción, en este último caso, con las establecidas en el Título II del Libro Tercero de esta Ley. Cuando el contrato subvencionado se adjudique por entidades del sector público que tengan la consideración de poder adjudicador, se aplicarán las normas de contratación previstas para estas entidades, de acuerdo con su naturaleza, salvo la relativa a la determinación de la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación y para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de adjudicación, que se regirá, en todo caso, por la regla establecida en el apartado 2 del artículo 47».*

(1441) Actualmente los umbrales comunitarios están recogidos en la Orden HFP/1298/2017, de 26 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2018.

(1442) Esta referencia a los contratos específicos es un añadido de los autores de esta obra porque es curioso que el artículo 44.1.b) de la LCSP se olvide de mencionarlos.



(presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a 5 años), estableciendo ahora que para la interposición del recurso especial contra un contrato de concesión de servicios (1443) será suficiente con que su valor estimado sea superior a 3.000.000 de euros.

3. Se amplía respecto de los siguientes supuestos:

– A los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a 100.000 euros (por referencia al contrato de servicios en el penúltimo párrafo del artículo 44.1 de la LCSP).

– A los encargos a medios propios cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a 5 años o a los períodos excepcionales de duración previstos en el artículo 29.4 de la LCSP (1444) (por referencia al contrato de servicios en el último párrafo del art. 44.1 de la LCSP).

Respecto de los contratos privados que celebre un No Poder Adjudicador, el párrafo segundo del artículo 44.6 de la LCSP especifica que sus actuaciones se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo

(1443) Véase la disposición adicional decimonovena de la LCSP sobre conciertos para la prestación de asistencia sanitaria celebrados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas que los califica como contratos de concesión de servicios y señala en su apartado 2 párrafo segundo que *«Asimismo, les será de aplicación lo señalado en el artículo 154 y en el Capítulo V del Título I del Libro Primero de la presente Ley, referidos respectivamente a la publicación del anuncio de formalización y al recurso especial en materia de contratación»*.

(1444) En función de las características específicas del contrato de servicios:

– Cuando, excepcionalmente, lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato, calculado de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

– Coincidente con el plazo de duración el de la vida útil del producto adquirido, cuando se trate de un contrato de servicios de mantenimiento que se concierte conjuntamente con el de la compra del bien a mantener por razones de exclusividad de la empresa que suministró dicho bien.

– Cuando se trate de contratos de servicios relativos a los servicios a las personas, podrá celebrarse por un plazo superior a cinco años cuando fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente.

– Cuando los contratos de servicios sean complementarios de otros contratos principales de obras o de suministro, en cuyo caso tendrán el plazo de duración superior que, en ningún caso, excederá del plazo de duración del contrato principal, salvo en los contratos que comprendan trabajos relacionados con la liquidación del contrato principal, cuyo plazo final excederá al del mismo en el tiempo necesario para realizarlos. La iniciación de este tipo de contratos de servicios quedará en suspenso, salvo causa justificada derivada de su objeto y contenido, hasta que comience la ejecución del correspondiente contrato principal. Ha de entenderse por contratos complementarios aquellos que tienen una relación de dependencia respecto de otro, el principal, y cuyo objeto se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones a las que se refiera dicho contrato principal.



dispuesto en la LPACAP ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria (1445).

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, las actuaciones o decisiones relativas a contratos que celebren una Administración Pública-Poder Adjudicador o una No Administración Pública-Poder Adjudicador pero que se encuentren fuera del ámbito de aplicación objetivo ya señalado a tenor del artículo 44.2 de la LCSP, así como las que acontezcan en los contratos realizados por un No Poder Adjudicador, serán solamente objeto de recurso administrativo ordinario en virtud de lo señalado en la LPACAP.

c) LEGITIMACIÓN

1. *Planteamiento general*

El artículo 48 de la LCSP recoge lo señalado en el artículo 42 del TRLCSP en cuanto que se reconoce legitimación a cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso (1446), pero sin embargo introduce estas matizaciones:

– Indica que los derechos o intereses legítimos podrán ser «*individuales o colectivos*». En relación a esta suma, el párrafo segundo del mencionado artículo 48 dispone que estarán legitimadas para interponer

(1445) Véase el apartado 2.4 sobre «*Régimen de recurso aplicable a los contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas en aquellos supuestos en que los actos en cuestión no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación*» de la Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, que dispone que se consagra un sistema de recurso de alzada impropio ante el titular del departamento, ente u organismo de adscripción o tutela. Esta fórmula no es extraña en nuestro derecho de contratos públicos en la medida en que la ley acude de forma frecuente a este sistema para el control de los distintos actos que dictan en materia contractual tanto los poderes adjudicadores como las entidades del sector público que no tienen esta condición. Este régimen de impugnación se configura, por otro lado, como un sistema especial aplicable a los contratos públicos y que prevalece, por razón de la materia, sobre lo dispuesto con carácter general en el artículo 114.2.d) de la LPACAP que, además, admite expresamente excepciones por norma con rango legal, como es el caso. A la tramitación de este recurso de alzada, no obstante, sí se aplicarán las restantes normas de esta Ley LPACAP que regulan aquellos aspectos propios del recurso de alzada que no están descritas en la LCSP, por expresa exigencia de la norma especial.

(1446) En todo caso no debe olvidarse que habrá de tenerse en cuenta la actitud del propio órgano de contratación respecto de la legitimación ejercitada por un licitador. En este sentido, la falta de objeción por parte del órgano de contratación aboca, en estricta aplicación del principio de congruencia recogido en el artículo 57.2 de la LCSP, a que se deba admitirse la mencionada legitimación. Esta decisión es, por lo demás, coherente con la doctrina que niega que pueda discutirse la legitimación previamente aceptada por la Administración (véase, por todas, STS de 20 de mayo de 1985 que se refiere al brocardo latino «*qui tacet consentire videtur*») a través del silencio observado sobre dicho particular.



este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que éstas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.

– Dispone que las personas físicas o jurídicas han de haberse visto perjudicados o puedan resultar afectados «*de manera directa o indirecta*», por las decisiones objeto del recurso.

Ambas matizaciones, por lo demás íntimamente ligadas, son reflejo de la que ya se reconoce en el orden jurisdiccional contencioso administrativo (1447), en el que viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o «*interés legítimo*» que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial. La expresión «*interés legítimo*» (1448) ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (1449), lo que ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, y que comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (1450), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (1451).

(1447) Véanse, por todas, las SSTS de 22 de diciembre de 1989, de 1 de octubre de 1990, de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995, de 12 de febrero de 1996, de 9 de junio de 1997, de 8 de febrero de 1999, y de 20 de noviembre de 2012 (Fundamento Jurídico Segundo), y SAN de 19 marzo 2013.

(1448) STC 119/2008, de 13 de octubre. Véanse la SAN de 22 de junio de 2011, la STSJ de la Comunidad de Madrid de 26 enero de 2011, y, por todas, la Resolución del TACRC número 221/2012, de 11 de octubre. Pese a la amplitud de dicho concepto no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la legitimación popular, que solo en los casos expresamente contemplados en la Ley es admisible, conforme actualmente determina el artículo 19.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (SAN de 22 de junio de 2011).

(1449) STC 257/1989, de 22 de diciembre.

(1450) STS de 1 de octubre de 1990.

(1451) SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas.



A juicio de los autores de esta obra, la definición de una legitimación activa tan amplia hará difícil, sin duda, la aplicación de la obligación que se impone en el artículo 56.5 de la LCSP, que recoge el mismo contenido que se incluía en el artículo 46.5 del TRLCSP, al órgano competente para resolver el recurso en orden a la preservación de la confidencialidad del contenido del expediente de contratación. A tal fin, se ha ido acuñando una interpretación en vía administrativa que resulta más que discutible en el siguiente sentido:

– Cuando una empresa ha sido excluida de la licitación posee legitimación activa para recurrir dicha exclusión pero no para impugnar el acuerdo de adjudicación, ya que se considera que no dispone del interés legítimo necesario para ello (1452).

– A la hora de impugnar los pliegos ha de ponerse especial énfasis en si la empresa recurrente posee un objeto social claramente relacionado con el objeto de la licitación impugnada y cuyos intereses, por tanto, se vean o puedan verse afectados por los términos impugnados (1453).

No obstante lo señalado, aparte de que dicha interpretación se realizaba al amparo del ya derogado artículo 42 del TRLCSP, a juicio de los autores de esta obra resulta inadecuado establecer previamente condiciones limitativas de dicha naturaleza.

En el caso de que se impugnara la legitimación activa para interponer el recurso especial, es preciso recordar que el órgano competente ha de proceder, de acuerdo con la doctrina del TJUE, a examinar esta cuestión antes de entrar a conocer del examen de la cuestión material planteada puesto que de lo contrario se estaría conculcando lo previsto en el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE (1454).

2. *Supuestos especiales*

En relación a lo que ya se ha señalado a propósito del artículo 48 de la LCSP, cabe recordar los siguientes supuestos:

– UTE

Se entiende que gozarán de legitimación activa para la interposición del recurso especial, los representantes de las empresas que hayan con-

(1452) Véanse, entre otras, las Resoluciones del TACRC números 4/2011, de 19 de enero, y 56/2013, de 6 de febrero.

(1453) Véanse las Resoluciones del TACRC números 70/2013, de 6 de febrero y 181/2013, de 23 de mayo.

(1454) STJUE de 4 de julio de 2013.



currido a una licitación con el compromiso de formalizarla notarialmente aunque no lo hayan llegado a materializar (1455).

– Asociaciones

Asimismo, gozarán de legitimación activa aquellas asociaciones representativas de intereses colectivos que actúen en sectores que presenten una relación unívoca y concreta con el objeto del recurso (1456).

– Concejales

Los concejales de corporaciones locales también gozarán de legitimación activa para su interposición en virtud del mandato representativo que ostentan, con la sola excepción de que, si hubieran formado parte del órgano colegiado en materia de contratación, hubiesen votado a favor de la adopción del acuerdo de que se trate (1457).

(1455) Véase por ejemplo las Resoluciones del TACRC números 321/2011, de 21 de diciembre, y 169/2012, de 3 de agosto. En esta última, se señala que *«no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los reclamantes el hecho de que presenten recurso por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación como parte integrante de una unión temporal de empresas. Y ello porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCS da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque solo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer recurso»*.

En relación a dicha cuestión, véase la STS de 22 de junio de 2009, en la que se señala que existe jurisprudencia que acepta la legitimación atendiendo a las circunstancias concurrentes en los distintos supuestos examinados:

1. STS de 28 de febrero de 2005, reconoció legitimación a un empresario individual que comparecía en nombre de la UTE constituida por él mismo más una Sociedad Limitada.

2. STS de 11 de julio de 2006 ha reconocido legitimación para impugnar un acto que declara desierta una subasta, tras un recurso administrativo que anuló una adjudicación definitiva, a uno de los postores de la misma.

3. SSTS de 28 de febrero de 2005, de 11 de julio de 2006, de 13 de mayo de 2008 y de 23 de julio de 2008, entienden procedentes el ejercicio de acciones por uno de los miembros que componen la asociación empresarial.

De este modo, se reconoce legitimación activa a cualquiera de los partícipes o comuneros, con la única consecuencia de que la sentencia dictada en su favor aprovecha a los demás, sin que les perjudique la adversa o contraria (SSTS de 31 de enero de 1973, 3 de julio de 1981, 21 de enero, 23 de septiembre, y 28 de octubre de 1991, 22 de mayo de 1993 y 8 de febrero y 14 de marzo de 1994).

(1456) Resoluciones del TACRC números 29/2011, de 9 de febrero, 294/2011, de 7 de diciembre, 148/2012, de 12 de julio, y 264/2012, de 21 de noviembre, entre otras muchas. En este sentido, en la Resolución del TACRC número 264/2012, respecto de una asociación representativa de empresas de un determinado sector, afirma que *«parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos»*.

(1457) Sobre la legitimación de los concejales de una corporación local véase la respuesta afirmativa que del TACRC en su Resolución número 125/2013, de 27 de marzo. En ella señala que *«hemos de reiterar las consideraciones expresadas en la resolución de este Tribunal 57/2013. En efecto, como señalábamos en aquella resolución, el artículo 63.1 b de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, contempla un supuesto especial de legitimación en caso de acuerdos municipales. La interpretación que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha hecho del citado artículo ha sido unánime en el sentido de considerar que solo los miembros que forman parte de un órgano colegiado del Ayuntamiento y que votan en contra del acuerdo adoptado están legitimados para impugnar tal acuerdo ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, afirmando que dicha norma no afecta a los concejales que no forman parte del órgano en concreto, los cuales podrían impugnarlo atendiendo a las reglas generales de legitimación; no obstante, no*



d) ÓRGANO COMPETENTE

1. *Antecedentes*

Como ya ha señalado en esta obra, la STJUE de 3 abril de 2008 (1458), que condenó al Reino de España por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 89/665/CEE, establecía, entre otros asuntos, que el recurso especial, diseñado en la redacción originaria del artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, no permitía recurrir ante un órgano independiente del órgano de contratación pues había de presentarse ante el propio órgano de contratación o ante el organismo al que dicho órgano estuviera adscrito. En cumplimiento del fallo del Tribunal y después de varios requerimientos de la Comisión Europea (1459), finalmente se decidió acometer la creación de un órgano especializado e independiente que se hiciera cargo del conocimiento de las reclamaciones planteadas por los interesados con ocasión de un contrato público.

pueden ignorarse las Sentencias del Tribunal Constitucional que sientan una doctrina general sobre el alcance de la legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para impugnar los acuerdos de sus órganos, que excede de lo expuesto, reconociendo la legitimación de los Concejales, aunque no pertenezcan a los órganos municipales que adopten el acuerdo, por su mera condición de miembro del Ayuntamiento interesado en el correcto funcionamiento de la Corporación Municipal, en virtud del mandato representativo que ostenta, con la sola excepción de que formando parte del órgano colegiado en cuestión, no vote en contra de la adopción del acuerdo de que se trate. En nuestro caso, este Tribunal entiende que el artículo 63 LRRL y la doctrina citada amparan la legitimación de la recurrente, concejal del Ayuntamiento de Alcázar de San Juan, para interponer el presente recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de la mesa de contratación del Ayuntamiento, de 18 de febrero de 2013, respecto del cual hay constancia en el acta de la mesa de que la recurrente ha votado en contra, y contra la resolución del Primer Teniente de Alcalde, de fecha 21 de febrero de 2013».

(1458) Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, asunto C-444/06.

(1459) Por Carta PRE-228 2190/2002, de fecha 24 de abril de 2008, la Comisión Europea se dirigió a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea señalando que, en el plazo de dos meses a contar desde la sentencia, deberían comunicarse las medidas adoptadas o que se proponga adoptar el Gobierno español para dar cumplimiento a la referida sentencia. En contestación al requerimiento de la Comisión, en informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 23 de mayo de 2008, se subrayaba que, a principios del mes de mayo de 2008 había entrado en vigor la LCSP en la que se realizaba un notable esfuerzo para superar el déficit de regulación de la legislación nacional en cuanto a los recursos en materia de contratación, concluyendo que la nueva Ley cumplía con las exigencias de la Sentencia de 3 de abril de 2008.

A través de la Carta de emplazamiento 228 2190/2002 la Comisión Europea señala que la LCSP no cumplía las exigencias derivadas del aludido fallo del Tribunal de Justicia e invitaba al Gobierno español a remitirle sus observaciones en un plazo de 2 meses. En informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 25 de febrero de 2009, se da respuesta a las observaciones formuladas por la Comisión y se concluía que la LCSP cumplía las exigencias derivadas de la sentencia. Finalmente, en el Dictamen motivado 260 2190/2002 la Comisión Europea reitera su conclusión y emplaza al Gobierno de España a adoptar las medidas requeridas en el plazo de 2 meses. En nuevo informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 8 de febrero de 2010 se insiste una vez más en que la LCSP daba adecuado cumplimiento a las exigencias derivadas de la sentencia pero, dado el carácter que iban tomando los acontecimientos con la Comisión, finalmente se decidió señalar que en la elaboración del anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2007/66/CEE se tendrían en cuenta todas las consideraciones hechas por la Comisión para ajustar dicha regulación al Dictamen motivado.



2. *Modelo del sistema español*

Finalmente, después de algunos pasos erráticos seguidos por el Gobierno (1460), se decidió apostar por un modelo de corte alemán (1461), es decir, por la creación de un organismo administrativo que asumiría la competencia tanto para conocer de los recursos especiales en materia de contratación como de las cuestiones de nulidad que pudieran plantearse.

El modelo resulta perfectamente compatible con lo establecido en la normativa comunitaria pero, a juicio de los autores de esta obra, es preciso manifestar que el que mejor respondería al objetivo de aportar la mayor seguridad jurídica a la hora de conocer del recurso especial es el modelo de corte francés que atribuye la competencia al orden jurisdiccional. En defensa de esta tesis, finalmente perdedora, es preciso recordar que el ordenamiento jurídico español ofrece varios ejemplos de procedimientos especiales residenciados ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los que, por razón de la materia afectada, se verifica un acortamiento de los plazos para tramitar y resolver los recursos presentados, que el modelo jurisdiccional no habría de exigir necesariamente una mayor proyección temporal para la resolución del recurso, y que, además, contribuiría a simplificar la compleja estructura organizativa que, sin duda, se producirá al dar la posibilidad de crear los mencionados órganos administra-

(1460) En relación a la naturaleza del citado organismo y durante la tramitación del Anteproyecto de ley que finalmente pasó a convertirse en la Ley 34/2010, llegaron a barajarse hasta tres posibilidades para dar cumplimiento a lo señalado en la citada Directiva 2007/66/CEE que permitía entre un órgano jurisdiccional o un órgano administrativo. En un primer momento y puesto que la opción más adecuada para la Comisión Europea era el modelo jurisdiccional, se intentó residenciar la competencia para resolver este recurso directamente en la jurisdicción contencioso-administrativa, más concretamente en los Juzgados Centrales y Provinciales de lo Contencioso-Administrativo. En un segundo momento, tras el análisis realizado por diferentes órganos del Ministerio de Justicia (se esgrimieron argumentos tales como que supondría la posibilidad de que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante dicha jurisdicción, lo que exigiría introducir la correspondiente modificación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en cierta medida conduciría a desnaturalizar esa jurisdicción, o que no se contaba con los medios necesarios para cumplir con las exigencias derivadas de crear, de una forma u otra, procedimientos especiales para dar prioridad al conocimiento y resolución de determinadas cuestiones) en el que, curiosamente, no se llegó a pedir informe al Consejo General del Poder Judicial (solamente se le pidió informe, durante la fase de regulación orgánica, sobre la modificación proyectada para los arts. 10 y 11 de la LJCA), se llegó a la conclusión de que, por diversas razones, no era la solución preferible formulándose una propuesta de que fuera una sala especializada en materia contractual dentro del Tribunal Económico-Administrativo Central la que conociera del indicado recurso. Esta posibilidad fue igualmente desechada (entre otras razones, por la falta de especialización en materia contractual de sus miembros y por la insuficiencia de medios humanos y materiales para cubrir ese nuevo ámbito de actuación) por lo que fue formulada la propuesta que finalmente fue aprobada en orden a crear un órgano administrativo independiente y de nueva creación que asumiera directamente la competencia de resolución del recurso especial.

(1461) Países, como Alemania, han optado por restringir la aplicación de esta vía especial de recurso a los contratos sujetos a la regulación comunitaria, una solución a la que nada hay que oponer desde el punto de vista del cumplimiento de las normas comunitarias, pero que sin duda resulta menos garantista para los administrados.



tivos en las tres instancias territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales).

En relación a dichos órganos que conocerán en sus respectivas áreas competenciales de los recursos especiales que se pudieran plantear, es preciso recordar lo siguiente:

– El artículo 54 de la LCSP establece que las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los citados órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento se harán por medios electrónicos.

– El artículo 132.3 de la LCSP, que incorpora parcialmente lo que establecía la disposición adicional vigésima tercera del TRLCSP sobre prácticas contrarias a la libre competencia, mantiene que notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

3. *Órganos competentes en la Administración General del Estado*

El artículo 45 de la LCSP reitera el contenido que se recogía en el artículo 41.1 del TRLCSP en el siguiente sentido:

– Aunque resulta, a juicio de los autores de esta obra, curioso que utilice la expresión «*sector público estatal*» de contenido netamente presupuestario (1462) a diferencia de lo que se ha señalado en esta obra a propósito del artículo 3 de la LCSP sobre ámbito de aplicación subjetivo, en el apartado 1 del mencionado artículo 45 cita expresamente que el conocimiento y resolución del recurso especial estará encomendado al TACRC (1463), órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

(1462) Artículo 2 de la LGP.

(1463) En el artículo 41.1 párrafo primero del TRLCSP se refería a un «órgano especializado» aunque ya se había constituido como consecuencia de lo previsto en la disposición final tercera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, y Orden EHA/2237/2010, de 10 de agosto, por la que se convocó la provisión de puestos de Presidente y Vocales del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.



– El TACRC estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de la Subsecretaría del Departamento (1464), y estará compuesto por un Presidente (1465), un mínimo de 2 vocales (1466), que podrán incrementarse mediante Acuerdo del Consejo de Ministros cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje, y un Secretario General que actuará con voz pero sin voto (1467).

En el caso de que el Presidente o los vocales fueran designados entre funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, éstos deberán pertenecer a cuerpos o escalas clasificados en el Subgrupo A1 y permanecerán durante el tiempo en que se hallen prestando servicio en el Tribunal en la situación Servicios Especiales (1468).

La designación del Presidente y los vocales se realizará por el Gobierno a propuesta conjunta del Ministro de Hacienda y Función Pública y del Ministro de Justicia (1469) por un período de 6 años improrrogable.

(1464) Artículo 18.10 del Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

(1465) A tenor del artículo 45.3 de la LCSP, el Presidente del Tribunal deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a 15 años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

(1466) A tenor del artículo 45.2 de la LCSP podrán ser designados vocales de este Tribunal los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a 10 años, preferentemente en el ámbito del derecho administrativo relacionado directamente con la contratación pública.

(1467) Artículo 45.7 de la LCSP que dispone que formará parte del Tribunal, con voz pero sin voto, el Secretario General del mismo. El Tribunal contará con los servicios administrativos precisos para su funcionamiento. El nombramiento del Secretario General y el del personal integrante de los servicios administrativos se harán en los términos previstos en la legislación reguladora de la Función Pública.

La disposición adicional segunda, Apoyo técnico y administrativo al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, que, a juicio de los autores de esta obra mantiene su vigencia, dispone que «*Con objeto de garantizar la eficacia del procedimiento de resolución de los recursos, la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa prestará apoyo técnico y administrativo al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Para este fin, se dotará a la citada Secretaría del personal técnico y administrativo necesario con conocimientos adecuados sobre la materia. Reglamentariamente se determinará la forma en que se desarrollará el apoyo mencionado en el párrafo anterior, así como el modo en que serán asistidos técnica y administrativamente los Tribunales Territoriales que se creen*». La referencia a la JCCA ha de entenderse hecha, a tenor del artículo 328 de la LCSP, a la JCCPE.

(1468) Artículo 45.5 de la LCSP.

(1469) Tendrán por lo tanto el carácter de altos cargos de acuerdo con lo previsto en la Ley 5/2006, de 10 abril, de conflictos de intereses de miembros de Gobierno y Altos Cargos de Administración, en su artículo 3. 2 que establece que «*se consideran como altos cargos:*

m) Asimismo, los titulares de cualquier otro puesto de trabajo de la Administración General del Estado, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros.»



bles (1470). Los designados tendrán carácter independiente e inamovible, y no podrán ser removidos de sus puestos sino por expiración de su mandato, por renuncia aceptada por el Gobierno, por pérdida de la nacionalidad española, por incumplimiento grave de sus obligaciones, por condena mediante sentencia firme a pena privativa de libertad o de inhabilitación absoluta o especial para empleo o cargo público por razón de delito, y por incapacidad sobrevenida para el ejercicio de su función. La remoción por las 4 últimas causas se acordará por el Gobierno previa tramitación del correspondiente expediente administrativo (1471).

– Serán de aplicación al régimen de constitución y funcionamiento del TACRC los artículos 15 a 22 de la LRJSP.

– Así mismo se prevé en la disposición adicional vigésima novena de la LCSP, que copia el tenor literal de la disposición adicional trigésima del TRLCSP, que a medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del TACRC lo exija se podrán constituir Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma.

Estos Tribunales tendrán competencia exclusiva para la resolución de los recursos a que se refiere el artículo 44 de la LCSP, interpuestos contra los actos de la Administración territorial del Estado o de los Organismos y Entidades dependientes del mismo que tengan competencia en todo o parte del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma.

El nombramiento del Presidente y los vocales de estos Tribunales se hará en los mismos términos y requisitos previstos para el del TACRC, si bien solo se le exigirán 10 años de antigüedad. Reglamentariamente se incrementará el número de vocales que hayan de integrar los Tribunales Territoriales a medida que lo requiera el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento.

La primera renovación de los Tribunales se hará de forma parcial a los 3 años del nombramiento. A este respecto, antes de cumplirse el plazo indicado se determinará, mediante sorteo, los que deban cesar. En cualquier caso, cesado un vocal, este continuará en el ejercicio de sus funciones hasta que tome posesión de su cargo el que lo haya de sustituir.

Lo señalado, sin embargo, no resultará de aplicación, a tenor de lo previsto en el párrafo segundo de la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LCSP Asimismo, a los órganos competentes de las Cortes Generales que establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación, del recurso especial, respetando las condiciones

(1470) Artículo 45.5 de la LCSP. A tenor del apartado 6 del mencionado precepto en cualquier caso, cesado un miembro del Tribunal, este continuará en el ejercicio de sus funciones hasta que tome posesión de su cargo el que lo haya de sustituir.

(1471) Artículo 45.4 de la LCSP.



de cualificación, independencia e inamovilidad previstas en el artículo 45 de la LCSP. Por Resolución de 18 de enero de 2011, del Letrado Mayor de las Cortes Generales, por la que se publica la de 21 de diciembre de 2010, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, se creó el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales.

4. *Órganos competentes en la Administración Autonómica y Local*

El artículo 46 de la LCSP, reiterando el tenor literal del artículo 41.3 y 4 del TRLCSP, dispone lo siguiente:

– En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o en el caso de que fuera colegiado al menos su Presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia (1472). El nombramiento de los miembros de esta instancia independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad a condiciones que garanticen su independencia e inamovilidad (1473).

– Podrán las Comunidades Autónomas, asimismo, atribuir la competencia para la resolución de los recursos al TACRC, a cuyo efecto deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán designar sus propios órganos independientes ajustándose a los requisitos establecidos para los órganos de las Comunidades Autónomas, o bien atribuir la competencia al TACRC

(1472) La regulación proyectada es respetuosa con la potestad de autoorganización que corresponde a las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos a tenor del esquema constitucional de distribución de competencias previsto en los artículos 148 y 149 de la Constitución, respetando la libertad de decisión de éstas dentro de los límites marcados por la Directiva 2007/66/CEE.

(1473) Véase en relación a la problemática generada cuando una Comunidad Autónoma no cree su propio Tribunal de Recursos Contractuales o cuando no suscriba el correspondiente convenio de colaboración para que conozca del recurso especial el TACRC, la Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 1 de marzo de 2012 sobre la interpretación del régimen contenido dentro de la disposición transitoria séptima, norma d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a instancia de los Servicios de la Comisión Europea sobre la necesidad de que se realice una interpretación uniforme en toda la Unión Europea y coherente con las Directivas en materia de Contratación pública y con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En cualquiera caso, tanto si se interpone el recurso ante el órgano administrativo como si se opta por acudir directamente a la vía contencioso-administrativa, se producirá la suspensión del acto de adjudicación, y, hasta tanto no se levante, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación del contrato.



celebrando al efecto un convenio en los términos previstos en el apartado anterior (1474).

– En lo relativo a la contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación, salvo que se trate de Ayuntamientos de municipios de gran población a los que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (1475), y las Diputaciones Provinciales que podrán crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos. Su constitución y funcionamiento y los requisitos que deben reunir sus miembros, su nombramiento, remoción y la duración de su mandato se regirá por lo que establezca la legislación autonómica, o, en su defecto, por lo establecido en el artículo 45 de la LCSP. El Pleno de la Corporación será el competente para acordar su creación y nombrar y remover a sus miembros. El resto de los Ayuntamientos podrán atribuir la competencia para resolver el recurso al órgano creado por la Diputación de la provincia a la que pertenezcan.

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia para resolver los recursos corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

(1474) En el Apartado II de la Exposición de Motivos de la Resolución de 28 de febrero de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre delegación de competencias, se indicaba que *«Mediante la firma de convenios prevista legalmente, hasta el momento nueve Comunidades Autónomas han atribuido al Tribunal la competencia para la resolución de los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad en su ámbito, así como en el de las Corporaciones Locales integradas en su territorio. Adicionalmente, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla han suscrito convenios análogos. Como consecuencia de este proceso, se está haciendo frente a un notable incremento en el no de recursos tramitados por el Tribunal, resultando aconsejable tomar medidas para asegurar la rapidez y eficacia en la gestión de los recursos»* (el subrayado es de los autores de esta obra).

Las Comunidades autónomas que han suscrito el correspondiente convenio de colaboración son, por orden cronológico de su firma, las de Extremadura, La Rioja, Castilla-La Mancha, Murcia, Cantabria, Islas Baleares, Valencia, Principado de Asturias y Galicia. Asimismo lo han suscrito, las Ciudades Autónomas de Melilla y Ceuta. Todos estos convenios siguen vigentes.

(1475) El mencionado artículo 121.1 considera municipios de gran población los siguientes:

- Los de población superior a los 250.000 habitantes.
- Los que sean capitales de provincia cuya población sea superior a los 175.000 habitantes.
- Los que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas y los que su población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales. En estos supuestos se exigirá que así lo decidan las Asambleas Legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos.



En lo relativo a la contratación en el ámbito de los Territorios Históricos Forales, la competencia para resolver los recursos podrá corresponder a los órganos y Tribunales administrativos forales de Recursos Contractuales.

A juicio de los autores de esta obra, lo señalado traerá, sin duda, problemas al romperse y atomizarse el principio de unidad doctrinal que, con algunas pequeñas disfunciones, se había venido compartiendo entre el TACRC y los Tribunales de Recursos Autonómicos. El principio de seguridad jurídica hará que más temprano que tarde, si prolifera la creación de Tribunales, la Comisión Europea tome cartas en el asunto y sea preciso impulsar una reforma de la LCSP.

e) PROCEDIMIENTO

1. *Iniciación*

Con carácter previo a la interposición del recurso especial, el artículo 52 de la LCSP establece de modo novedoso que si el interesado desea examinar el expediente de contratación, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la LCSP (1476). La solicitud podrá hacerse dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los 5 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.

El incumplimiento de dicho deber no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido, aunque podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de 10 días naturales (1477), con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de 2 días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y 5 días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente.

(1476) Véase sobre este particular lo indicado a propósito del artículo 133 de la LCSP en la Parte Tercera, Aspectos Troncales, 9. Principios de participación de los licitadores.

(1477) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».



El artículo 50.1 de la LCSP, aunque mantiene lo que se preveía en el artículo 44 del TRLCSP en relación a lo que venía siendo el recurso especial en el mismo respecto al plazo para la interposición del recurso (15 días hábiles (1478)) y al inicio del cómputo de éste cuando se recurra un acto de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad (se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción), sin embargo introduce importantes novedades en el citado ámbito:

– Especifica que, cuando se interponga el recurso especial contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante, acabando de esta manera con la indefinición que se arrastraba con la redacción que se daba en el artículo 44.2.c) del TRLCSP que señalaba, sin más, que el plazo de computaría «desde su publicación» no concretando si el cómputo se iniciaría, a tenor del artículo 142 del TRLCSP, a partir de su publicación en el DOUE, en su caso, en el BOE o en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales, o en el perfil de contratante.

En la misma línea, dispone que cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en éste se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos por medios electrónicos. Cuando no se hiciera esta indicación en el citado perfil o cuando los pliegos no pudieran ser puestos a disposición por medios electrónicos, el plazo se computará a partir del día siguiente en que se hubieran entregado al recurrente (1479). Si no consta de manera fehaciente la fecha en la que el interesado accedió a los pliegos porque no se pusieron a disposición de los licitadores o porque no queda constancia exacta de cuándo se produjo dicha puesta a disposición, el plazo deberá computarse a partir del día hábil siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado estos o bien este haya podido acceder a su conteni-

(1478) Aunque dicho plazo, lo mismo que el resto de los establecidos en la LPACAP, son indisponibles a tenor de lo previsto en el artículo 29 de ésta, véase la Resolución del TACRC número 248/2011, de 26 de octubre, en la que el órgano de contratación concedió indebidamente un nuevo plazo para interponer el recurso especial en base a que uno de los licitadores presentó escrito solicitando motivación adicional al acuerdo de adjudicación y, en tanto no se aportara, el no cómputo del plazo para interponer el recurso.

(1479) Véase, por todas, las Resoluciones del TACRC número 21/2011, de 9 de febrero, 82/2011, de 23 de marzo, 107/2011, de 15 de abril, 180/2011, de 6 de julio, 16/2012, de 13 de enero, y 17/2012, de 18 de enero, en relación a la aplicación, en caso de duda, del principio de concurrencia consagrado en la legislación de contratos, sobre todo si se tiene en cuenta que la finalidad de la publicidad de los pliegos lo que persigue es dar a conocer a posibles licitadores las condiciones que van a regir un determinado contrato y así promover la máxima concurrencia en la licitación, existiendo la posibilidad de recurrir los mismos si contienen cláusulas contrarias al ordenamiento jurídico.



do a través del perfil de contratante (1480). Por último, si el órgano de contratación hubiera incumplido la obligación de efectuar la publicación íntegra de los pliegos, pues a veces sucede que varios días después de que se hubieran publicado inicialmente se procede a publicarlos de nuevo introduciendo alguna rectificación o adenda a los mismos, en este caso, a juicio de los autores de esta obra, el plazo comenzará a contarse desde la última publicidad de los pliegos a tenor de lo previsto en los artículos 45 y 42 de la LPACAP (1481).

En el caso del procedimiento negociado sin publicidad el cómputo del plazo comenzará desde el día siguiente a la remisión de la invitación a los candidatos seleccionados.

Establece una importante limitación en el sentido de que, con carácter general, no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho a que se refiere el artículo 39 de la LCSP y el artículo 47 de la LPACAP.

Como ya se ha señalado en esta obra (1482), a través de esta solución que, a juicio de los autores de esta obra el tiempo dirá si encaja con el respeto del principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución (1483), se ha tratado de solucionar un problema que se planteaba con cierta frecuencia cuando, en sede de recurso especial en materia de contratación, los órganos de contratación solían argumentar que los recurrentes incurrieran en «*falta de congruencia*» porque habían presentado oferta en una licitación cuyas bases impugnan.

– Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado, a tenor del artículo 151.3 de la LCSP, por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta a los can-

(1480) Véase por todas la Resolución del TACRC número 39/2013, de 23 de enero, en la que se citan otras (Resoluciones números 21/2011, 130/2011, 139/2011, 144/2011, 228/2011, 232/2011, 261/2011, y 210/2012).

(1481) Véase la Resolución del TACRC número 107/2011, de 15 de abril.

(1482) Parte Tercera, Aspectos Troncales, 9. Principios de participación de los licitadores.

(1483) Los sucesivos fallos judiciales se encargarán de definir dicho derecho pero, a juicio de los autores de esta obra, esta interpretación resulta restrictiva de dicho derecho porque cualquier persona interesada en una licitación debe poder participar en ella aún cuando el contenido de las cláusulas y prescripciones de los pliegos que la rigen le planteen dudas desde el punto de vista legal. De admitir otra cuestión se estaría limitando de forma efectiva el derecho antes mencionado, o, en el caso contrario, el derecho a participar en las licitaciones que se convoquen, de todos aquellos que reúnan los requisitos de aptitud previstos en la Ley (véase la Resolución del TACRC número 158/2012, de 30 de julio). La única posibilidad sería interpretar la mencionada novedad, introducida en el artículo 50.1.b) párrafo último de la LCSP, respecto de los pliegos que han adquirido firmeza por no haber sido recurridos en plazo o en el caso de haberlo sido, por haber sido desestimado el recurso. Sin embargo, no parece que ésta haya sido la intención impulsada con dicha reforma.

didatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento (1484). A juicio de los autores de esta obra, es requisito previo indispensable que la adjudicación se haya realizado en los términos previstos en la LCSP y en la LPACAP (1485). Si ello no es así, se deberá tener como fecha de inicio del cómputo del plazo el de la interposición del propio recurso, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 40.3 de la LPACAP que establece que *«Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda»*.

En relación al recurso contra el acuerdo de adjudicación, es necesario poner de manifiesto su improcedencia cuando lo que realmente se intenta atacar son los pliegos del contrato (1486). Sería, por ejemplo, el caso de un recurrente que plantea la nulidad del acuerdo de adjudicación pero basando la misma en que el órgano de contratación no debió de haber aplicado un determinado procedimiento de adjudicación (1487). Ello se debe a que el recurso contra los pliegos tiene un momento procesal concreto y del que solamente se salva la posible denuncia de que en los mismos se hubiese producido alguna nulidad de pleno derecho, en cuyo caso, no opera dicha regla a la hora de poder efectuar la interposición del recurso especial (1488).

(1484) Se sigue, a juicio de los autores de esta obra, en aras de una mayor seguridad jurídica el criterio de no tener en cuenta la publicidad dada al mencionado acuerdo a través del perfil de contratante, que suele ser anterior en el tiempo a la remisión de su notificación a cada candidato o licitador (aunque no se dedica monográficamente a dicha cuestión, véanse la SSTS de 27 de mayo de 2013 reiterada por otra de 4 de diciembre de 2013).

(1485) Véase por su interés y por todas las Resoluciones del TACRC números 132/2011, de 4 de mayo, 166/2011, de 15 de junio, 241/2011, de 19 de octubre, 287/2011, de 23 de noviembre, y 302/2011, de 14 de diciembre.

(1486) Véase la Resolución del TACRC número 84/2011, de 23 de marzo, en el caso de un licitador que no ha procedido a la impugnación de los pliegos, por lo que procede inadmitir las alegaciones realizadas por el recurrente respecto a la exigencia del título en ingeniería industrial para el asesor de instalaciones.

(1487) Véase Informe JCCA número informe 46/06, de 11 de diciembre de 2006, citado en la Resolución del TACRC número 198/2011, de 17 de julio.

(1488) Véase la Resolución del TACRC número 98/2013, de 6 de marzo, en la que, en relación a un contrato de mantenimiento de componentes de aviones E.25 y E.26 del Ejército del Aire, se declaró que, pese a que el licitador no interpuso recurso especial contra los PPT, ello no es óbice para que pueda conocerse de su conformidad a Derecho por dicho Tribunal, si se denunciase una causa de nulidad de pleno Derecho como sería el caso en que se denunciase en el recurso la indeterminación del objeto del contrato por aplicación del artículo 31 del TRLCSP, en relación con el artículo 86 del mismo texto legal, ya que es un principio básico de la contratación administrativa que el objeto de los contratos del sector público sea determinado pues el mismo es la base que delimita el resto de elementos a tener en cuenta en la fase interna de los mismos.

Aparte de lo que acaba de señalarse, a juicio de los autores de esta obra, solamente cabría la posibilidad de subsanar los posibles defectos de invalidez en los que hubiera incurrido el acuerdo de adjudicación a través del procedimiento de revisión de oficio regulado en la LPACAP, pero esta cuestión sería ajena a la competencia que corresponde al órgano encargado de la resolución del recurso especial (véase en este sentido la Resolución del TACRC número 241/2011, de 19 de octubre).



– Cuando el recurso se interponga en relación con alguna modificación que estuviese o no prevista en los pliegos o en el documento descriptivo, a tenor de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.

– Cuando el recurso se interponga contra un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LCSP, desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.

– Aunque el artículo 50.1.g) de la LCSP se refiere a «*En todos los demás casos*», a juicio de los autores de esta obra, si se analiza el artículo 44.2 solamente queda el supuesto previsto en la letra f), es decir, la relativa a los acuerdos de rescate de concesiones. En este caso, el plazo comenzará a contar desde el día siguiente al de la notificación realizada por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta.

No obstante, como ya se ha señalado, la LCSP ha incluido dentro del recurso especial lo que en el TRLCSP era la cuestión de nulidad como una vía de impugnación de naturaleza contractual. Por dicho motivo, el artículo 50.2 de la LCSP señala que el plazo de interposición del recurso especial variará en función de la patología que pudiera aparecer con posterioridad a que aconteciera alguna de las causas de nulidad siguientes:

– Cuando se impugne por la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el DOUE o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135 de la LCSP (1489):

- 30 días naturales (1490), a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en el artículo 154 de la LCSP, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación.

– Cuando se recurra la inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación, y

(1489) Artículo 39.2.c) de la LCSP.

(1490) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «*Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente*».



que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener ésta (1491):

- 30 días naturales (1492), a contar o bien desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, o bien desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

- Antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato en el resto de los casos.

- Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto (1493):

- Antes de que transcurran 6 meses a contar desde la formalización del contrato.

- El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador (1494):

- 30 días naturales (1495), a contar o bien desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, o bien desde la notificación a los empresarios afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.

(1491) Artículo 39.2.d) de la LCSP.

(1492) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.

(1493) Artículo 39.2.e) de la LCSP.

(1494) Artículo 39.2.f) de la LCSP.

(1495) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que *«Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»*.

- Antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato en el resto de los casos.

Por lo que se refiere al escrito de interposición del recurso, el artículo 51.1 y 2 de la LCSP mantiene, como hacía el artículo 44.4 del TRLCSP, que se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas cautelares que se soliciten, y se acompañará de la siguiente documentación:

- Del documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.
- Del documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.
- De la copia o traslado del acto expreso que se recurra, o indicación del expediente en que haya recaído o del boletín oficial o perfil de contratante en que se haya publicado.
- Del documento o documentos en que funde su derecho.

Para la subsanación de los defectos que puedan afectar al escrito de recurso, se requerirá al interesado a fin de que, en un plazo de tres días hábiles desde el siguiente a su notificación, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, quedando suspendida la tramitación del expediente con los efectos previstos en la LPACAP.

No obstante, en el propio artículo 51.1 y 2 de la LCSP introduce estas novedades:

- Suprime, a juicio de los autores de esta obra, con buen criterio la obligación que se preveía en el artículo 44.1 del TRLCSP en orden a anunciar previamente ante el órgano de contratación del que procediera el acto impugnado la intención de interponer el correspondiente recurso especial (1496).

(1496) A juicio de los autores de esta obra, la regulación anterior carecía de sentido, pues se ha demostrado sobradamente su innecesidad ya que, si lo que se pretendía era que el órgano de contratación se diese por enterado de la impugnación con el fin de evitar que no se continúe con una tramitación del procedimiento que pudiera dar lugar a situaciones de ilegalidad consolidadas, dicho efecto se consigue con la obligación de presentar el recurso ante el órgano de contratación o bien ante el órgano encargado de resolverlo que tiene la obligación de comunicárselo, cosa que se hacía el mismo día de su recepción por medios electrónicos (véanse, por todas, las Resoluciones del TACRC números 184/2011, de 13 de julio, 213/2011, de 14 de septiembre, 232/2011, de 28 de septiembre, y 18/2012, de 18 de enero).



– Adiciona que en el escrito de interposición habrá de expresarse una dirección de correo electrónico habilitada a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la LCSP que prevé que los plazos de notificación se contarán a partir de la fecha de envío de la misma pero sin que sea necesario que, además, el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación.

En cuanto al lugar de presentación del escrito de interposición, el artículo 51.3 de la LCSP dispone de manera novedosa respecto de lo que se establecía en el artículo 44.3 del TRLCSP que ha sido, con razón, muy criticado porque indicaba taxativamente que *«La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso»*, lo siguiente:

– Como norma general, el escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la LPACAP, dejando intacta la posibilidad de que se presente, como se señala en la letra e) de dicho precepto, en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso (1497).

En relación a lo señalado, desde el 26 de enero de 2016 los recursos dirigidos al TACRC deberán presentarse por vía telemática ante las sedes electrónicas del Ministerio de Hacienda y Función Pública (1498) o del propio Tribunal (1499).

– El párrafo segundo del artículo 51.3 de la LCSP se coloca, de modo poco comprensible a juicio de los autores de esta obra, en las antípodas de lo que se señalaba en el artículo 44.3 del TRLCSP al indicar que los escritos presentados en registros distintos de los previstos en el artículo 16.5 de la LPACAP y de los propios del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.

En cuanto a la subsanación de los escritos de interposición del recurso especial, el último inciso del artículo 51.2 de la LCSP introduce la novedad, de modo poco razonable a juicio de los autores de esta obra a la vista de lo que se acababa de indicar por referencia al artículo 51.3, de indicar que la presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso. En

(1497) El artículo 51.4 de la LCSP dispone que *«El órgano competente para la resolución del recurso hará públicas a través de su página web, mediante resolución de su Presidente, las direcciones de registro en las que debe hacerse la presentación de los escritos para entenderla efectuada ante el propio Tribunal»*.

(1498) <https://sedeminhap.gob.es/es-ES/Paginas/default.aspx>

(1499) <https://sedeminhap.gob.es/es-ES/Sedes/TACRC/paginas/default.aspx>



igual sentido, el artículo 56.3 de la LCSP dispone que las posibles alegaciones que se presentaran por el resto de los interesados se deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

El artículo 55 de la LCSP establece como novedad respecto de lo previsto en el TRLCSP que si el órgano encargado de la resolución del recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, observare su falta de competencia, una falta de legitimación del recurrente o de acreditación de la representación de la persona que interpone el recurso en nombre de otra, una ausencia de objeto a tenor de lo previsto en el artículo 44 de la LCSP, o que el recurso se ha presentado extemporáneamente, podrá, sin perjuicio de poder acordar la subsanación a que se refiere el artículo 51.2 de la LCSP, dictar resolución acordando la inadmisión del recurso.

A tenor del artículo 53 de la LCSP, como señalaba el artículo 45 del TRLCSP, una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación (1500). Sin embargo, introduce una excepción no conocida hasta ahora en el sentido que no se producirá dicha suspensión en los contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a éstos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3 de la LCSP. Esta excepción se fundamenta en la modificación introducida en el artículo 36.3 de la propia Ley cuando dispone que *«Los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, se perfeccionan con su adjudicación»*.

En relación con la posible petición de desistimiento formulada por el recurrente, aunque éste no se prevé como forma de terminación del proce-

(1500) Respecto a dicha suspensión, resulta de capital importancia atender a la llamada *«anticipación de la ejecución del contrato»* (véase la Resolución del TACRC número 47/2013, de 30 de enero, en la que a raíz de un contrato de servicios de gestión integral de los residuos biosanitarios y citotóxicos producidos en los centros pertenecientes al Instituto de Salud Carlos III, éste decidió efectuar un contrato menor con el adjudicatario del futuro contrato y renunciar a prorrogar el contrato con el anterior contratista), prevista para los casos en los que, a la vista de la naturaleza del objeto contractual, se acuerda por parte del órgano de contratación que, ante la interposición de un recurso especial en materia de contratación y la suspensión automática de la adjudicación efectuada, se preste con carácter provisional a través de la celebración de un contrato menor el objeto del contrato por parte de un nuevo contratista que reúna los necesarios requisitos de capacidad y aptitud para contratar y proponga la oferta más económica, sin que en base a ello se encuentre de ningún modo vinculado con el antiguo contratista. Este supuesto, a juicio de los autores de esta obra, no supondrá un fraude a las garantías que incorpora el recurso especial en materia de contratación ni a las facultades revisoras del órgano competente para resolverlo, pues éstos tienen exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, pero carecen de competencia para enjuiciar la legalidad de las medidas adoptadas por el órgano de contratación para, mediante la celebración de un contrato menor, garantizar la prestación del objeto contractual durante el periodo en que se mantenga la suspensión del procedimiento de contratación.

dimiento en la LCSP, resulta, a juicio de los autores de esta obra, posible por aplicación de lo previsto en el artículo 56.1 de la LCSP que establece que el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la LPACAP, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes. Así, a tenor del artículo 84.1 de la LPACAP, «*Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad*» (1501). Por tanto, si en el recurso especial no hubiesen comparecido otros interesados en la impugnación del contrato ni motivos de interés público que exijan la resolución del recurso, procede admitir el desistimiento y declarar concluso el procedimiento (1502).

2. Instrucción

El artículo 56 de la LCSP reitera prácticamente el contenido que tenía el artículo 46 del TRLCSP, en el sentido de que el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la LPACAP con las siguientes especialidades:

– Interpuesto el recurso, el órgano competente para la resolución del recurso lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.

En dicho informe se plantea si sería posible dar por finalizado el procedimiento a causa de un posible allanamiento del órgano de contratación. A diferencia de lo ya señalado respecto al posible desistimiento del recurrente, aunque el artículo 56.1 de la LCSP dispone que el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la LPACAP con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes, sin embargo el allanamiento no aparece como uno de los medios de terminación del procedimiento administrativo que se recogen en el artículo 84 de la LPACAP. En consecuencia, a juicio de los autores de esta obra, no puede considerarse como causa de terminación del procedimiento sino como una manifestación hecha por el órgano de contratación a los efectos estrictamente procedimentales y que se podrá tomar en consideración simplemente como si de una alegación

(1501) En relación con el desistimiento, véase el artículo 94 de la LPACAP.

(1502) Véase la Resolución del TACRC número 43/2012, de 3 de febrero.



se tratara. Significa ello que, aunque la alegación formulada pueda servir de base a la resolución del recurso, el órgano competente para resolverlo no se encontrará vinculado ni aún en el supuesto de que implique un expreso y total reconocimiento de lo pretendido por el recurrente, debiendo, por el contrario, entrar a analizar si se ajusta o no a derecho (1503). En tal caso, si el órgano de contratación planteara una nueva redacción a alguna cláusula contractual, el órgano competente para resolver el recurso no será competente para entrar a validarla sino solamente para manifestar que, en su caso, se proceda a darla una nueva redacción porque la recurrida adolece de algún vicio de validez (1504).

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano de contratación autor del acto impugnado, este deberá remitirlo al órgano competente para la resolución del recurso dentro de los 2 días hábiles siguientes a su recepción acompañado del expediente administrativo y del informe a que se refiere el párrafo anterior.

– Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP con respecto al acceso al expediente por parte del recurrente, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la interposición, el órgano competente para la resolución del recurso dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, que deberán presentarse necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso.

De forma simultánea a este trámite, decidirá (1505), en el plazo de 5 días hábiles, acerca de las medidas cautelares (1506), si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación, en el caso de que la solicitud de tales medidas se hubiera realizado con anterioridad a la presentación del recurso. Si las medidas cautelares se hubieran solicitado después de la interposición del recurso, el órgano competente resolverá sobre ellas en idéntico plazo sin suspender el procedimiento principal. Asimismo en este plazo, resolverá, en su caso, sobre si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, entendiéndose

(1503) Véase, por todas, la Resolución del TACRC número 92/2011, de 30 de marzo.

(1504) Véase la Resolución del TACRC número 107/2011, de 15 de abril.

(1505) Actualmente la competencia para acordar dichas medidas cautelares, en el caso del TACRC, se encuentra delegada en la Secretaría de dicho organismo a tenor de lo previsto en la Resolución de 28 de febrero de 2014, de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre delegación de competencias, por la que se acuerda *«Delegar en la Secretaría del Tribunal la competencia para decidir motivadamente sobre cuantas medidas provisionales se sustancien en los procedimientos de recurso, reclamación y cuestión de nulidad que se tramiten ante aquél, de conformidad y con los efectos previstos en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»*.

(1506) Véanse, por todas, las Resoluciones del TACRC números 126/2012, de 6 de junio, 159/2012, de 30 de julio, y 217/2012, de 3 de octubre.



vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento.

En todo caso, las medidas cautelares podrán acordarse de oficio por el órgano competente en cualquier fase del procedimiento dando audiencia sobre ello al órgano de contratación autor del acto impugnado, por plazo de 2 días naturales (1507).

– Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de 10 días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

La práctica de las pruebas se anunciará con antelación suficiente a los interesados.

– El órgano competente para la resolución del recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que obre en el expediente de contratación, sin que por ello, resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.

3. Resolución

El artículo 57.1 y 2 de la LCSP mantiene lo que se establecía en el artículo 47.1 y 2 del TRLCSP en relación a estos aspectos:

– Una vez recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los 5 días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados.

(1507) Disposición adicional duodécima de la LCSP sobre cómputo de plazos dispone que «Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente».

– La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión (1508), decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

En relación al contenido de la resolución, hay que diferenciar entre que se declare la necesidad de retrotraer el procedimiento, por ejemplo por la incorrecta exclusión de un licitador, o que, a consecuencia de una determinada actuación que resulta ya insalvable (1509), se deba llevar a cabo una nueva licitación en caso de que se hubieran vulnerado los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la LCSP (1510). En relación a dicha cuestión, corresponderá al órgano de

(1508) Respecto del régimen dual de recursos administrativos, a los que ya se ha hecho referencia en esta obra, es preciso indicar que las consecuencias que el eventual error en el que hubiera podido incurrir el órgano de contratación calificando y resolviendo un recurso especial como recurso de alzada no deben recaer sobre el administrado conduciendo a la inadmisibilidad del recurso. Se trataría de una irregularidad no invalidante (véanse la STS de 29 de septiembre de 2014, la Resolución del TACRC número 241/2011, de 19 de octubre, en la que el órgano de contratación dio, en un principio, indebidamente pie de recurso de alzada en un contrato sujeto a regulación armonizada y después lo recalificó como recurso especial, en aplicación de lo previsto en el artículo 110.2 de la LRJPAC, remitiéndolo al citado Tribunal que finalmente declaró su admisión).

(1509) En relación a dicho efecto, es posible que, una vez que se dicta la resolución por parte del órgano competente declarando la incorrecta exclusión de un licitador respecto de la manera de presentar las proposiciones técnicas no cuantificables automáticamente, se haya procedido a la apertura y valoración del resto de proposiciones económicas y técnicas cuantificables automáticamente admitidas. En este supuesto, el principio de igualdad de trato entre los licitadores implica que todos los licitadores deban hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora. A esta exigencia obedece que se establezca que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas. Ello quiere decir que, si la mesa de contratación hubiera procedido de esa manera, no cabría otra alternativa que anular el procedimiento de licitación, debiendo convocarse uno nuevo en el que todos los licitadores dispusieran de igual trato en el examen y valoración de sus proposiciones.

(1510) STJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica. Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no solo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (STJUE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros). Véase la Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero, en relación a un contrato de servicio de gestión de residuos peligrosos, se indica lo siguiente: «*Séptimo. El principio de igualdad en materia de contratación administrativa implica que todos los licitadores han de encontrarse en pie de igualdad de trato tanto en el momento de presentar sus proposiciones como en el momento posterior, de ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así lo dispone el vigente artículo 139 del TRLCSP «Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un*

contratación en vía de ejecución de la resolución dictada por el órgano competente lo que sea más conveniente (1511).

En el caso de que la resolución afectara a algún acto concreto dentro del proceso contractual o a uno o varios de los lotes en los que se hubiera articulado el contrato, a tenor del artículo 51 de la LPACAP, deberán conservarse, como ya se ha señalado en esta obra, los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. Ello significa que se deberán declarar subsistentes aquellas cláusulas de los pliegos que no hayan sido objeto de impugnación y, en consecuencia, no resultarán afectadas por la invalidez de las impugnadas (1512).

Sin embargo, el resto del artículo 57 de la LCSP introduce estas novedades:

– En caso de estimación del recurso, que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, se producirá la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación.

– La resolución deberá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

– En caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma.

En el supuesto de que exista disconformidad respecto de la ejecución de alguna resolución derivada de dudas surgidas de los términos contemplados en la misma, sí podría plantearse la interposición de un

tratamiento igualitario y no discriminatorio y se ajustarán al principio de transparencia». En relación al principio de igualdad de trato en los procedimientos de contratación administrativa, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de abril de 2007, asunto Deloitte Business Advisor NV, T-195/05, manifestó que el citado principio exige que no se dispensen tratamientos diferentes ante situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato está justificado objetivamente».

(1511) Sobre esta cuestión los órganos competentes para resolver tienen exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad (véanse por todas las Resoluciones del TACRC números 287/2011, de 23 de noviembre, 302/2011, de 14 de diciembre, y 37/2012, de 3 de febrero) de modo que, de existir tales vicios, ha de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior al que el vicio se produjo, pero sin que pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso de los órganos de contratación, ya que son los únicos a los que corresponde dictar el acto de adjudicación. Lo contrario, estaría incurso en un supuesto de incompetencia material sancionada con nulidad radical (véanse por todas las Resoluciones del TACRC números 37/2012, de 3 de febrero, y 169/2012, de 3 de agosto).

(1512) Véase la Resolución del TACRC número 144/2011, de 25 de mayo.



nuevo recurso especial que debería nutrirse con los argumentos que tendrían por objeto discutir la forma en que la resolución ha sido ejecutada. Ahora bien, este recurso debería, a juicio de los autores de esta obra, ser calificado más como un incidente de ejecución, respecto del cual no cabría dudar acerca de la competencia para resolverlo y de la posibilidad de hacerlo por los mismos trámites previstos para el recurso especial (1513).

– Transcurridos dos meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso (1514) sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado por silencio administrativo negativo a los efectos de interponer recurso contencioso- administrativo.

Respecto de la resolución que se dicte, la LCSP establece que podrá tener el siguiente contenido:

– A tenor del artículo 150.4, que recoge lo que se preveía en el artículo 47.2 párrafo segundo del TRLCSP, se dispone que si fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de 10 días hábiles para que cumplimente los trámites que resulten oportunos.

– El artículo 58 de la LCSP mantiene lo que se señalaba en los artículos 47. 3 y 5, y 48 del TRLCSP en el sentido de que en la resolución podría imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso. Puntualiza que dicha indemnización deberá comprender, «*cuando menos*», los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación.

La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios recogidos en el artículo 34,2,3 y 4 de la LRJSP para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración (1515).

(1513) Véase la Resolución del TACRC número 186/2011, de 13 de julio.

(1514) Véanse las SSTS de 27 de mayo y 4 de diciembre de 2013.

(1515) En este sentido al artículo 34, 2,3 y 4 de la LRJSP establece lo siguiente:

– La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado.

– La cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la LGP, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades Autónomas.

– La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.



Además, en caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa (1516) al responsable de la misma que se determinará, como señalaba el artículo 47.5 del TRLCSP, en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, y además, a tenor de la innovación incorporada por el artículo 58.2 párrafo segundo de la LCSP, en función del cálculo de los beneficios obtenidos por éste. Esta modificación debería relacionarse, a juicio de los autores de esta obra, con la remisión a la hora de la imposición de la multa al 6 por ciento del valor estimado del nuevo contrato, en concepto de beneficio industrial a tenor de lo previsto en el artículo 131 del RGTRLCAP (1517), de modo que al menos la prórroga en la prestación del contrato anterior no engrosara la cuenta de beneficios del recurrente (1518).

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución del recurso espacial se establece lo siguiente:

– Por un lado, en el artículo 59 de la LCSP se repite el tenor literal que se incluía en el artículo 49 del TRLCSP, en el sentido indicar que contra la resolución solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administra-

(1516) El artículo 58.2 párrafos segundo, tercero y cuarto de la LCSP introducen las siguientes novedades:

– Eleva el máximo del importe de la multa a imponer de 15.000 euros, que se fijaba en el artículo 47.5 del TRLCSP, a 30.000 euros.

– Recuerda lo previsto en el artículo 91.b) de la LGP en cuanto que una de las funciones encomendadas al Tesoro Público es servir el principio de unidad de caja mediante la centralización de todos los fondos y valores generados por operaciones presupuestarias y no presupuestarias, indicando que el importe de las multas impuestas se ingresarán, en todo caso, en el Tesoro Público.

– Dispone que las cuantías de las multas indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden Ministerial del Ministro de Hacienda y Función Pública (ya no establece que ello deba hacerse cada 2 años como establecía el artículo 47.5 inciso final del TRLCSP).

(1517) El artículo 131 RGTRLCAP, que se considera vigente a juicio de los autores de esta obra tal y como se ha puesto de manifiesto con la aprobación de la Orden APM/401/2018, de 12 de abril, por la que se fija el porcentaje a que se refiere el artículo 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, a aplicar en el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente.

(1518) De lo contrario, a juicio de los autores de esta obra, se reproducirían situaciones como las analizadas en la Resolución del TARC número 321/2011, de 21 de diciembre, en la que, a pesar de reconocer que las empresas recurrentes habían actuado con mala fe, se les impone sorprendentemente, a cambio de seguir ejecutando las prestaciones por importes importantes (367.185 euros/mes los tres contratos de CASESA y 116.060 €/mes el contrato de GARDA que superan en cerca de 22.000 euros el coste mensual medio del nuevo contrato), una multa a cada una de 3.000 euros.



tivo (1519), que la misma será directamente ejecutiva (1520), que no procederá la revisión de oficio ni de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso, y que no se encontrará sujeta a fiscalización limitada previa por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito. En el último párrafo del mencionado artículo 59 se adiciona que «*Los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso*» (1521).

– Por otro lado, el artículo 60 de la LCSP dispone como novedad que cuando contra una resolución del órgano competente para la resolución del recurso se interponga recurso contencioso administrativo, aquel, una vez recibida la diligencia del Tribunal jurisdiccional reclamando el expediente administrativo, procederá a emplazar para su comparecencia ante la Sala correspondiente, a tenor de lo previsto en el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al órgano de contratación autor del acto que hubiera sido objeto del recurso y a los restantes comparecidos en el procedimiento.

B. Recursos ordinarios en vía administrativa

a) ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como ya se ha señalado en esta obra, las actuaciones o decisiones relativas a contratos que celebren una Administración Pública-Poder

(1519) Conforme a lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y l) y 11.1.f), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Será competente la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para conocer de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra resoluciones dictadas por el TACRC. Cuando las resoluciones recurridas hubieran sido dictadas, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales, por el TACRC en virtud de convenio o por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales, el conocimiento de los posibles recursos contencioso-administrativos que se interpusieran quedará reservado a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

(1520) A juicio de los autores de esta obra, se trata de un contenido que ya se encontraba en el artículo 49.2 del TRLCSP que se remitía al artículo 97 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y que, ya entonces igual que ahora en virtud de la aplicación supletoria de la LPACAP a tenor de lo previsto en la disposición final cuarta.1 de la LCSP, resulta reiterativa respecto de lo que se señala en el artículo 38 de la LPACAP que dispone que «*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley*».

(1521) Esta adición también resulta, a juicio de los autores de esta obra, innecesaria pues, a tenor de lo previsto en la disposición final cuarta.1 de la LCSP, resulta aplicable lo establecido en el artículo 109.2 de la LPACAP que dispone que «*Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.*».



Adjudicador o una No Administración Pública-Poder Adjudicador pero que se encuentren fuera del ámbito de aplicación objetivo ya señalado a tenor del artículo 44.2 de la LCSP (1522), así como las que acontezcan en los contratos realizados por un No Poder Adjudicador, serán solamente objeto de recurso administrativo ordinario en virtud de lo señalado en la LPACAP.

Respecto de éstos últimos, es decir, en relación a los contratos privados que celebre un No Poder Adjudicador, el párrafo segundo del artículo 44.6 de la LCSP especifica que sus actuaciones se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la LPACAP ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria (1523).

Por lo tanto, el citado sistema de recursos administrativos ordinarios se encuentra regulado en la LPACAP y su objeto serán los actos administrativos de trámite, definitivos o firmes, dictados en el seno de un contrato administrativo o de un contrato privado, que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, y podrán fundarse en cualquier motivo de invalidez (1524).

(1522) El artículo 44.6 de la LCSP establece, como novedad respecto de los que se preveía en el TRLCSP, que los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador, que no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación por no reunir los requisitos previstos en el artículo 44.1 de la LCSP, podrán ser objeto de recurso administrativo ordinario de conformidad con lo dispuesto en la LPACAP y, en su caso, de recurso contencioso-administrativo a tenor de lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(1523) Véase el apartado 2.4 sobre *«Régimen de recurso aplicable a los contratos de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas en aquellos supuestos en que los actos en cuestión no sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación»* de la Recomendación de la JCCPE de 28 de febrero de 2018, que dispone que se consagra un sistema de recurso de alzada impropio ante el titular del departamento, ente u organismo de adscripción o tutela. Esta fórmula no es extraña en nuestro derecho de contratos públicos en la medida en que la ley acude de forma frecuente a este sistema para el control de los distintos actos que dictan en materia contractual tanto los poderes adjudicadores como las entidades del sector público que no tienen esta condición. Este régimen de impugnación se configura, por otro lado, como un sistema especial aplicable a los contratos públicos y que prevalece, por razón de la materia, sobre lo dispuesto con carácter general en el artículo 114.2.d) de la LPACAP que, además, admite expresamente excepciones por norma con rango legal, como es el caso. A la tramitación de este recurso de alzada, no obstante, sí se aplicarán las restantes normas de esta Ley LPACAP que regulan aquellos aspectos propios del recurso de alzada que no están descritas en la LCSP, por expresa exigencia de la norma especial.

(1524) Artículos 38 y siguientes de la LCSP, en relación con los artículos 47 y 48 de la LPACAP.

Se trata, en definitiva, de los tradicionales recursos administrativos de alzada y de reposición que, como ya se ha señalado en esta obra, animaron equívocamente a que el Legislador español, en la trasposición de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, entendiera que no era preciso trasponer la Directiva 89/665/CEE (1525) porque entendía que la materia de recursos era ajena a la normativa de contratos ya que afirmaba que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común era capaz de conseguir los objetivos que se perseguían en esta última Directiva. Las consecuencias ya se conocen, toda vez que nuestro país fue condenado en varias ocasiones por el TJUE (1526), precisamente, por la ausencia de dicha trasposición.

b) LEGITIMACIÓN

Al tratarse de recursos administrativos ordinarios, resulta de aplicación lo señalado en el artículo 4 en relación con el artículo 112.1, ambos de la LPACAP, que señalan que podrán interponer recursos administrativos los interesados, bastando con que tengan legitimación para interponerlo (1527), es decir, que sean titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos que pudieran resultar afectados por el acto recurrido.

(1525) El Legislador en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas presupuso que el contenido de la Directiva 89/665/CEE ya estaba incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, y así, en su Exposición de Motivos, afirmó que los recursos eran una materia ajena a la propia Ley.

(1526) Sentencias de 15 de mayo (Asunto C-214/00) y de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00) en las que se condenó a España por incumplimiento de la Directiva 89/665/CEE, de recursos en las «Directivas Clásicas» (Directivas 71/305 y 89/440 para contratos de obras, y Directivas 77/62, 80/767 y 88/295 para contratos de suministro), por no haber extendido el referido sistema a las decisiones de una sociedad de Derecho Privado, que reunía las condiciones del concepto de «organismo de derecho público» previsto en la normativa comunitaria.

En la citada STJUE de 15 de mayo de 2003, señaló que «al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público», concluyendo que «el estatuto de Derecho privado no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1 de la Directiva 89/665».

En la mencionada STJUE de 16 de octubre de 2003, la condena se produjo en relación a la licitación relativa a la ejecución de obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SEIPSA).

(1527) Artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, LPACAP.



En relación con la determinación de la legitimación activa para recurrir, es preciso advertir que ha de abogarse por la aplicación de un criterio amplio (1528) y a la luz de su análisis en función de cada caso concreto (1529).

c) OBJETO

Como ya se ha señalado, los recursos administrativos ordinarios se interpondrán contra cualquier acto y en base a cualquier motivo de invalidez que se produzca en los contratos que no admitan recurso especial en materia de contratación, y cuando, resulte coincidente con el ámbito de aplicación objetivo del recurso especial, el objeto de la impugnación misma sea distinto al propio de dicho recurso.

d) PROCEDIMIENTO

1. *Órgano de contratación con competencia originaria o desconcentrada*

Si el órgano de contratación del que emana el acto actúa con competencia originaria (1530) o desconcentrada (1531), se interpondrá, con carácter potestativo y previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo, recurso de reposición resultando aplicable lo previsto en los artículos 123 y 124 de la LPACAP.

(1528) STC 52/2007, de 12 de marzo, aporta la clave interpretativa cuando señala que «...el máximo intérprete constitucional remarca que el derecho a la tutela judicial efectiva está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales [STC 73/2004, de 22 de abril, F 3; STC 226/2006, de 17 de julio, F 2] siendo censurables aquellas apreciaciones que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria o excesivamente restrictiva».

(1529) El TS ha venido insistiendo (por todas, SSTs de 24 de mayo de 2006 y de 22 de mayo de 2007, con cita en ambas de la de 30 de enero de 2001) en que «la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos...».

(1530) En el caso de la Administración General del Estado, el artículo 323 de la LCSP establece como órganos con competencia originaria a los Ministros y Secretarios de Estado, a los Presidentes o Directores de los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal y los Directores generales de las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (disposición transitoria segunda de la LCSP fija el límite para contratar en términos de aprobación del gasto, es decir, con impuestos indirectos incluidos, en 900.000 euros), y, en su caso, a las Juntas de Contratación que pudieran constituirse.

(1531) En el seno de la Administración General del Estado, a tenor del artículo 325 de la LCSP.



2. *Órgano de contratación con competencia delegada*

Si la competencia del órgano de contratación del que emana el acto a recurrir viene atribuida por delegación (1532) habrá que interponer recurso de alzada (1533) ante la autoridad delegante y contra la resolución de éste, en su caso, recurso potestativo de reposición antes de acudir, de ser preciso, a la vía contencioso-administrativa.

El motivo de la procedencia de este recurso de alzada se fundamenta en que, en ningún caso, podrá ser objeto de delegación la competencia de resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado por delegación los actos objeto de recurso (1534).

e) EFECTOS

A diferencia de lo que ocurre, como ya se ha señalado en esta obra, con el recurso especial en materia de contratación, en el que la interposición del mismo contra el acto de adjudicación ocasiona, a tenor del artículo 53 de la LCSP, la suspensión de la tramitación del procedimiento salvo en el caso de los contratos basados en un acuerdo marco o de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a éstos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3 de la LCSP, la interposición de alguno de los recursos administrativos ordinarios no suspenderá la ejecutividad del acto recurrido (1535), salvo que el propio órgano de contratación, a tenor del artículo 117.2 de la LPACAP (1536), la acuerde para evitar perjuicios de difícil o de imposible reparación o porque la impugnación se fundamente en alguna causa de nulidad de pleno derecho (1537).

(1532) A tenor del artículo 9 de la LRJSP.

(1533) Artículos 121 y 122 de la LPACAP.

(1534) Artículo 9.2.c) de la LRJSP.

(1535) El artículo 117.1 de la LPACAP establece que «*La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado*».

(1536) El artículo 117.2 de la LPACAP dispone que «*2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:*

a) *Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*

b) *Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.»*

(1537) Artículo 47.1 de la LPACAP en relación con el artículo 39 de la LCSP.



3. MEDIDAS CAUTELARES

Debe señalarse en primer lugar que, a juicio de los autores de esta obra, su posible adopción no resulta garantista de los derechos de los recurrentes ya que se vincula en la LCSP, como también se hacía en el TRLCSP, al mismo ámbito de aplicación que resulta predicable del recurso especial en materia de contratación. De este modo, el sistema es, sin duda, más restrictivo que el que se hacía en el TRLCAP pues en éste se permitía la adopción de medidas provisionales respecto de cualquier tipo de contrato (1538).

La adopción de este tipo de medidas, respecto de las cuales se ha modificado su denominación pasando de ser «*provisionales*» en el artículo 43 del TRLCSP a calificarse como «*cautelares*» en el artículo 49 de la LCSP, tiene como finalidad, como muy bien señala el inciso final del apartado 1 de este precepto, corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados (1539). De estos dos objetivos realmente, a juicio de los autores de esta obra, solamente el segundo resultará alcanzable a través de la adopción de medidas cautelares pues la naturaleza de éstas está pensada para impedir que, durante la tramitación del recurso y por aplicación del principio de ejecutividad de los propios actos administrativos, puedan causarse perjuicios adicionales a los que ya haya podido producir la decisión objeto del mismo. El primero, no parece que pueda resultar predicable de las medidas cautelares sino de la resolución que se dicte en el propio recurso especial, ya que solamente ésta podrá reparar el vicio producido.

De acuerdo con lo ya señalado en esta obra, cabe resaltar las siguientes notas:

– Podrán ser solicitadas a instancia del recurrente antes de la presentación del escrito de interposición del recurso especial, en este mismo momento, bien en el propio cuerpo del recurso o bien en documento aparte, o con posterioridad a su presentación, o bien de oficio por el órgano

(1538) El artículo 60.bis del TRLCAP. A diferencia del citado precepto, el artículo 38 del TRLCSP se encarga de señalar que solamente podrán adoptarse medidas cautelares en relación a «*los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años*».

(1539) El origen de la regulación de estas medidas en materia de contratación vino motivado por una contundente afirmación del TJUE, en el sentido de que no era eficaz el establecimiento de un sistema que, para corregir las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras, supedita su solicitud a la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo del asunto (véase la STJUE de 15 de mayo de 2003). Esta decisión judicial obligó a impulsar una reforma del TRLCAP, introduciéndose al efecto un nuevo artículo 60 bis (adicionado por medio del art. 67.3 de Ley 62/2003, de 30 de diciembre).

competente en cualquier fase del procedimiento previa audiencia del órgano de contratación autor del acto impugnado.

En relación a dicha posibilidad, a juicio de los autores de esta obra, resultaría necesario, a tenor del artículo 82.1 de la LPACAP (1540) que resulta de aplicación supletoria a la LCSP en función de lo previsto en su disposición final cuarta.1, que se diera audiencia a las partes interesadas con anterioridad a la adopción de dicho acuerdo.

– En los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, se instrumentalizará a través de las medidas cautelares la posible suspensión de dichos contratos ya que se perfeccionarán con su adjudicación.

En relación a este supuesto, se introduce la novedad más importante en el artículo 49.4 de la LCSP en el que, después de reiterar lo que ya disponía el artículo 43.4 del TRLCSP en el sentido de que la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, añade que el órgano competente para resolver podrá acordar lo contrario.

– La resolución del recurso decidirá sobre el levantamiento de las medidas cautelares que hubiesen sido acordadas, así como sobre la posible imposición al recurrente de una multa en el caso de que se hubiese observado temeridad o mala fe en la solicitud de medidas cautelares.

Por lo demás, el artículo 49 de la LCSP prácticamente repite el contenido que tenía el artículo 43 del TRLCSP:

– Se realiza una enumeración abierta de las posibles medidas cautelares a adoptar en el último inciso del artículo 49.1 de la LCSP que dispone que «...podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación».

– Podrán solicitarlas las personas legitimadas para interponer el recurso especial en materia de contratación a tenor de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

– El órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión (1541) en forma motivada sobre las medidas cautelares dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten.

(1540) Artículo 82.1 de la LPACAP dispone que «Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre».

(1541) Resolución de 28 de febrero de 2014, de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno del Tribunal Administrativo Central de Recursos



A estos efectos, el órgano que deba resolver, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida cautelar, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones que considere oportunas referidas a la adopción de las medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio. Si transcurrido este plazo no se formularan alegaciones se continuará el procedimiento.

Sin embargo, no se señala nada sobre la posibilidad de conceder a los terceros interesados algún trámite contradictorio en relación a las medidas cautelares solicitadas. En este sentido, a juicio de los autores de esta obra, debería de practicarse dicho trámite en aras a valorar el conjunto de intereses en juego, aplicando supletoriamente lo previsto en la LPACAP (1542) en función de lo previsto en su disposición final cuarta.1 de la LCSP.

Si antes de dictar resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano competente para resolverlo acumulará a éste la solicitud de medidas cautelares.

Contra las resoluciones dictadas en este procedimiento no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

– Cuando de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida (1543).

Contractuales sobre delegación de competencias, por la que se acuerda *«Delegar en la Secretaría del Tribunal la competencia para decidir motivadamente sobre cuantas medidas provisionales se sustenten en los procedimientos de recurso, reclamación y cuestión de nulidad que se tramiten ante aquél, de conformidad y con los efectos previstos en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».*

(1542) El Exponendo II, párrafo 2 del Preámbulo de la LPACAP señala que *«... el artículo 103 establece los principios que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas, entre los que destacan el de eficacia y el de legalidad, al imponer el sometimiento pleno de la actividad administrativa a la Ley y al Derecho. La materialización de estos principios se produce en el procedimiento, constituido por una serie de cauces formales que han de garantizar el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la imprescindible salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y las empresas, que deben ejercerse en condiciones básicas de igualdad en cualquier parte del territorio, con independencia de la Administración con la que se relacionen sus titulares».*

En este sentido, el artículo 53.1.e) dispone que los interesados en un procedimiento administrativo, tienen derecho *«A formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución».*

(1543) El segundo párrafo del artículo 49.4 de la LCSP establece lo mismo que hacía el artículo 43.3 párrafo segundo del TRLCSP señalando que *«Reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir así como los requisitos para su devolución»*, pero añade *«que en todo caso deberán atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto y el objeto afectados».*



– Las medidas cautelares que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

Sin embargo, a juicio de los autores de esta obra, cabría la posibilidad de que, por aplicación supletoria de la LPACAP a tenor de lo previsto en la disposición final cuarta.1 de la LCSP, las medidas cautelares prolongaran sus efectos más allá de la vía administrativa. Se trataría de la aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 117.4 de la LPACAP que dispone que *«La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud»*. Ello, lógicamente, acarrearía el bloqueo en la propia tramitación del contrato.

4. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

A. Introducción

A lo largo de esta obra se ha realizado alguna referencia puntual en relación a la jurisdicción competente, especialmente en el caso de las modificaciones contractuales (1544).

Toca ahora referirse al artículo 27 de la LCSP que aunque ha mantenido el esquema que se realizaba en el artículo 21 del TRLCSP respecto a los contratos celebrados por una Administración Pública-Poder Adjudicador, a los contratos subvencionados (preparación, adjudicación y modificación), y a la atribución de la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas a consecuencia de un recurso especial a favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Administración Pú-

(1544) Véase la Parte Cuarta Normas Aplicables a la Contratación de una Administración Pública-Poder Adjudicador, 10. Ejecución de los Contratos Administrativos, F. Modificación contractual, b. Ámbito de aplicación, último párrafo en el que se señala lo siguiente: *«Sin embargo, a pesar de estar incluida la regulación de las modificaciones contractuales en el Libro Segundo «de los contratos de las Administraciones Públicas», el Legislador ha querido mantener su aplicación, por remisión directa de la propia LCSP, a la contratación celebrada por una Administración Pública-Poder Adjudicador y por una No Administración Pública-Poder Adjudicador, aplicando a un No Poder Adjudicador la doctrina de los actos separables para atribuir su conocimiento a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa»*.



blica-Poder Adjudicador y No Administración Pública-Poder Adjudicador), introduce algunas importantes novedades que van a ser sistematizadas, por razones pedagógicas, desde el punto de vista de la entidad contratante.

B. Entidades contratantes

a) ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-PODER ADJUDICADOR

Como se acaba de señalar, los contratos que celebre una Administración Pública-Poder Adjudicador serán conocidos por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa si se trata de contratos administrativos (preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción) (1545) y de contratos privados (solamente en las fases de preparación y adjudicación) (1546), mientras que serán conocidos por la Jurisdicción Civil en cuanto a sus efectos y extinción (1547), salvo en lo relativo a las modificaciones contractuales (1548).

Sobre éstas últimas, el segundo párrafo del artículo 27.1.b) de la LCSP dispone que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las impugnaciones de las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, respecto de los contratos privados de servicios sujetos a regulación armonizada que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3, y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6, y aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (1549).

En el conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra (1550) o de concesión de servicios será competente la Jurisdicción Civil, salvo en lo relativo a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en la LCSP, se atribuyen a la Administra-

(1545) Artículo 27.1.a) de la LCSP.

(1546) Artículo 27.1.b) de la LCSP.

(1547) Artículo 27.2.a) de la LCSP.

(1548) Artículo 27.2.a) de la LCSP que en el último inciso señala «con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior».

(1549) Artículo 25.a) numerales 1.º y 2.º de la LCSP.

(1550) El artículo 27.2.c) de la LCSP se refiere indebidamente al «contrato de concesión de obra pública», separándose de lo previsto en la propia Ley que lo denomina en su artículo 14 como «contrato de concesión de obra».



ción concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (1551).

b) NO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA-PODER ADJUDICADOR

Como ya se ha analizado en esta obra, una No Administración Pública-Poder Adjudicador solamente podrá celebrar contratos privados de acuerdo con lo que dispone el artículo 26.1.b) de la LCSP.

Pues bien, cuando el contrato privado se encontrara sujeto a regulación armonizada, será competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de las cuestiones referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, cuando la impugnación de éstas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP, cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación (1552).

Por el contrario, con la salvedad realizada en el párrafo anterior, será competente el orden jurisdiccional civil para conocer de las cuestiones relativas a las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados (1553).

c) NO PODER ADJUDICADOR

Respecto de los contratos privados celebrados por una entidad que sea un No Poder Adjudicador, resultará competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para conocer de las cuestiones que se planteen en relación con la preparación y adjudicación de estos contratos (1554), así como respecto de los recursos administrativos interpuestos en relación a dichas fases de conformidad con lo previsto en la LPACAP (1555).

Por otro lado, será competente para conocer la Jurisdicción Civil respecto de las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos privados que celebren (1556).

(1551) Artículo 27.2.c) de la LCSP.

(1552) Artículo 27.1.c) de la LCSP.

(1553) Artículo 27.2.a) de la LCSP.

(1554) Artículo 27.1.d) de la LCSP.

(1555) Artículo 27.1.e) de la LCSP.

(1556) Artículo 27.2.b) de la LCSP.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO ROMERO, J., y HUERTA BARAJAS, J. A. 2005. «La contribución de la auditoría de contratos en las adquisiciones de bienes y servicios específicos para la defensa», *Auditoría Pública*, número 36.
- ALMONACID LAMELAS, V. 2017. *Especialidades del procedimiento de contratación en la administración local (de acuerdo con la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público)*. <https://nosoloaytos.wordpress.com/2017/11/10/especialidades-del-procedimiento-de-contratacion-en-la-administracion-local-de-acuerdo-con-la-ley-9-2017-de-8-de-noviembre-de-contratos-del-sector-publico/>.
- 2018. *Contratación pública: ¿cómo se verifican los poderes de representación de los licitadores?* <https://nosoloaytos.wordpress.com/2018/02/28/contratacion-publica-como-se-verifican-los-poderes-de-representacion-de-los-licitadores/>.
- ALONSO GARCÍA, R. 2015. *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*. Editorial Aranzadi. Pamplona.
- AMOEDO SOUTO, C. A. 2018. *Una valoración urgente sobre el régimen de los encargos a medios propios en la ley 9/2017*. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.334/recategoria.208/reلمenu.3/chk.c46009f0f07a26e5e70a81dd733b322f>.
- ARIAS PERERO, J. F., PASTOR SÁNCHEZ, J., y HUERTA BARAJAS, J. A. 2009. «La determinación del precio en situaciones de carencia de referencias de mercado y escasa concurrencia», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, número 89, págs. 37-69.
- AVENTÍN FONTANA, V. 2017. «Actualización del “test de aplicabilidad” del artículo 346 del TFUE en el contexto normativo y jurisprudencial actual. La Contratación y el artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea». Documento de Trabajo 02/2017, coordinado por Juan José Pardo García Valdecasas. CESEDEN. Madrid, págs. 46 a 67. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2017/DIEEET02-2017_Contratacion_Art346_TratadoFuncionamiento_UE.PDF.



- BARRERO RODRÍGUEZ, C. 2008. «La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista de Administración Pública*, número 176, mayo/agosto.
- 2017. «La causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva ley de contratos del sector público de 2017», *Documentación Administrativa*, número 4. INAP. Diciembre 2017.
- BATET JIMÉNEZ, M. P. 2015. *El régimen de publicidad y la posibilidad de recurso especial de los modificados, como medida de transparencia en la contratación pública*. http://acreditra.com/wp-content/uploads/REVISTA_DEF.pdf.
- 2017. *Las zonas oscuras de la ley de contratos: una losa para los gestores de la contratación pública*. <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/las-zonas-oscuras-de-la-ley-de-contratos-una-losa-para-los-gestores-de-la-contratacion-publica>.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. 2017. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <http://ignasibeltran.com/2017/11/13/ley-92017-de-contratos-del-sector-publico-y-subrogacion-de-empresa/>.
- BERNAL BLAY, M. A. 2013. «Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos», *Observatorio de la contratación pública*. Zaragoza. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/recategoria.208/chk.6382e5d9e72135346797141e6f9f6d96> (Consultado 3/01/2018).
- BUSQUETS LÓPEZ, M. A., y CASTRO RAIMÓNDEZ, J. 2010. *Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1.n) y 24 de la LCSP*. <http://asocex.es/algunas-conclusiones-sobre-la-naturaleza-y-regimen-juridico-de-las-encomiendas-o-encargos-de-gestion-a-medios-propios-a-que-se-refieren-los-articulos-4-1-n-y-24-de-la-ley-302007-de-30-de-octubre-d>.
- BUSTOS, G. 2017. *¿La nueva ley de contratos regala los peces o enseña a pescar?* <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/la-nueva-ley-de-contratos-regala-los-peces-o-ensena-a-pescar>.
- CABALLERO REAL, J. M. 2007. «Responsabilidades laborales en materia de prevención de riesgos laborales de la Administración contratante en obras públicas. Singular mención al recargo de prestaciones de Seguridad Social», *Revista Reflexiones*, número 2. Junta de Andalucía.
- CABETAS BELLO, J. I. 2014. «La eficiencia de los acuerdos marco», *Revista de la Asociación Interventores Auditores Estado*. Julio 2014.
- CALVO Y RUATA. P. 2013. «Nuevo impulso a las declaraciones responsables en la contratación administrativa», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, número 5.
- CAMPOS ACUÑA, C. 2017. *Novedades en el ámbito local de la nueva ley de contratos del sector público*. <http://elconsultor.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNTM0NDQ7Wy1KLizPw8W-yMDQ3NDA0MzkEBmWqVlfnJIZUGqbVpiTnGqWmJScX5OaUlqaFGmbU-hRaSoATC5rKkYAAAA=WKE>.
- 2017. *La nueva contratación pública en el ámbito local*. Editorial Wolters Kluwer. Madrid.



- 2018. *10 Novedades sobre transparencia e integridad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*. http://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAFWMsQ7CIBRFv6bMQLTEgUElXkGd2BsKD_Ni5Zm-1qR_L12aeMd7Tg6mZJ2XdXpvVHsQXxgZ-qVgtIVFKtqJQAu_Odi4JMhZlq4J5cRT98gGbw8AgoCd6_ZW6rTCFnm_Ik71D-mR80vgOfAmMM3OidbEy8Vnh8XipZjx9WIw43kwAAAA==WKE.
 - 2018. *¿No es necesaria la presentación de factura electrónica por los «obligados» de la ley 39/2015?* <http://concepcioncampos.org/no-es-necesaria-la-presentacion-de-factura-electronica-por-los-obligados-de-la-ley-392015/>.
- CANALES GIL, A. 1994. «La Contratación por el Ministerio de Defensa de Armamento y Material: Las Compensaciones Económicas, Industriales y Tecnológicas», *Cuaderno de Estrategia número 64*, sobre Gasto Militar y Crecimiento Económico. Aproximación al caso español, Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- 1998. «El Sector Público Empresarial desde el perspectiva de la unión Europea», *Cuaderno de Estrategia*, número 95, sobre Unión económica y Monetaria: Sus implicaciones, Instituto Español de Estudios Estratégicos.
 - 1998. «Contratación Administrativa». Capítulo IX de la obra colectiva *Derecho Administrativo Práctico*, cinco ediciones, Valencia 1998-2003.
 - 2000. «El control de la eficiencia sobre el precio en la Contratación Pública: el incidente de diálogo competitivo». Editorial M.º Defensa. Madrid.
 - 2000. «La Contratación Pública después de la entrada en vigor del Reglamento de Contratos: Avance o estancamiento», *Ayuntamiento XXI*, número 4.
 - 2003. «De los requisitos para contratar con la Administración», Comentarios al Título II del Libro I del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, García Macho, R. (dir.), Valencia.
 - 2009. «Comentarios a los artículos 5 a 13 de la LCSP», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Parejo Alfonso, L., y Palomar Olmeda, A. (dir.), Barcelona.
- CANALES GIL, A., y HUERTA BARAJAS, J. A. 2008. *Comentarios sobre la Contratación Pública y la Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial IUGM/ UNED Madrid.
- 2010. *Contratación de las administraciones públicas en la Ley de contratos del Sector público*. Editorial Reus Madrid.
 - 2010. *La Contratación del Sector Público tras las reformas de 2010*. Editorial IUGM/UNED Madrid.
 - 2011. «La Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Transposición de Directiva 2009/81/CE». *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, número 113.
 - 2013. *Comentarios a la contratación de las Administraciones públicas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial IUGM/UNED. Madrid.
 - 2018. *Guía práctica de la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial IDS. Madrid.



- CANDELA TALAVERO, J. E. 2011. «El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor», *Auditoría Pública*, número 53.
- CAÑO, M. 2017. *No necesitamos una contratación pública electrónica... necesitamos una contratación pública mejor*. <http://www.contratacion-publica-electronica.es/una-contratacion-publica-mejor/>.
- CASTEJÓN GONZÁLEZ, J. 2014. «La regulación actual de las bajas desproporcionadas y la doctrina del TACRC». *Revista de la Asociación Interventores Auditores Estado*. Julio.
- CERMI. 2017. *Informe del impacto de la ley de contratos del sector público sobre las personas con discapacidad y sobre el tercer sector de acción social: Ley 9/2017 LCSP*. <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/informe-del-impacto-de-la-ley-de-contratos-del-sector-p%C3%BAblico-sobre-las>.
- CHAVES GARCÍA, J. R. 2015. *Importantísimo paso jurisprudencial adelante: la caducidad de los Proyectos de obras*. <https://delajusticia.com/2015/02/17/importantisimo-paso-jurisprudencial-adelante-la-caducidad-de-los-proyectos-de-obras/>.
- CLOOS, J., PRINESCU, S. VIGNES D., y WEYLAND J. 1993. *Le Traité de Maastricht: genèse, analyse, commentaires*. Bruselas. Editorial Bruylant.
- COASE, R. 1937. «The nature of the firma», *Economica*, vol. 4, págs. 386-405.
- COLÁS TENAS, J. 2017. *Las especialidades de la contratación pública en la administración local en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*. <http://www.fmc.cat/documents/23829/doc/Ponencia-Colas.pdf>.
- COMISIÓN EUROPEA. 2016. *Criterios de contratación pública ecológica para el diseño, la construcción y el mantenimiento de carreteras*. <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/toolkit/roads/ES.pdf>.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. 2013. *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*. <http://contratodeobras.com/images/Guia-sobre-contratacion-publica-y-competencia.pdf>.
- 2013. *Informe sobre los medios propios y las encomiendas de gestión*. https://www.cnmec.es/sites/default/files/1186066_1.pdf.
- 2013. *Aplicación de la guía de contratación y competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España*. [https://www.redaccionmedica.com/contenido/images/130927%20INFORME%20Sanidad%20_PUBLICAR\(1\).pdf](https://www.redaccionmedica.com/contenido/images/130927%20INFORME%20Sanidad%20_PUBLICAR(1).pdf).
- CONCA MARTÍNEZ, J. A. 2016. *Contratación del sector público: aplicación directa de las directivas de contratación del año 2014 desde el 18 de abril de 2016*. <http://www.economistjurist.es/breaking/contratacion-del-sector-publico-aplicacion-directa-de-las-directivas-de-contratacion-del-ano-2014-desde-el-18-de-abril-de-2016/>.
- CONSEJO DE ESTADO. 2009. *Memoria del Consejo de Estado de 2008*. Segunda Parte: Observaciones y sugerencias, Epígrafe IX. La caducidad en el procedimiento de resolución contractual, págs. 219-237, Madrid.
- 2010. *Memoria del Consejo de Estado de 2009*. Segunda Parte: Observaciones y sugerencias, Epígrafe VI. La responsabilidad del contratista y del concesionario frente a los terceros, págs. 197-204, Madrid.



- CUESTA CALLEJA, H. 2016. «Las variantes y mejoras en la contratación del sector público», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*. Institución Fernando el Católico. Septiembre.
- DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, L. 2010. «El Tribunal de Recursos contractuales de las Cortes Generales», *Revista Documentación Administrativa*, número 288.
- DELGADO FERNÁNDEZ, M. del R. 2017. *El cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación administrativa*. http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20161027/2-_ciclo_de_vida_maria_del_rosario_delgado_fernandez.pdf.
- 2017. *El cálculo del coste del ciclo de vida en la contratación administrativa*. http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20161027/2-_ciclo_de_vida_maria_del_rosario_delgado_fernandez.pdf.
- DÍEZ SASTRE, S. 2018. *Juntas Consultivas y contratos menores*. <http://www.idluam.org/blog/?p=528>.
- 2018. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales*. Editorial Iuris Utilitas. La Coruña.
- DOMÍNGUEZ OLIVERA, R. 2011. *Código anotado de Contratación Pública*. Editorial Cívitas. Madrid.
- DORREGO DE CARLOS, A. 2013. «El arbitraje en los contratos públicos», *Revista jurídica de Castilla y León*, número 29. Enero.
- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. 2018. *El nuevo régimen de contratación pública. Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del sector público*, Editorial Bosch. Barcelona.
- FERNÁNDEZ FARRERAS, G. 2009. «Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Zaragoza.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. 2017. «El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Documentación Administrativa*, número 4. INAP. Diciembre.
- FUERTES LÓPEZ, F. J. 2017. «10 cuestiones sobre la nueva Ley de Contratos del sector público», *Revista de Estudios Locales*. Diciembre.
- GALLEGO CÓRCOLES, M. I. 2017. «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa* número 4. INAP. Diciembre.
- GAMERO CASADO, E., y GALLEGO CÓRCOLES, I. 2018. *Tratado de Contratos del Sector Público*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.
- GARCÍA, A. 2017. *Claves laborales de la nueva ley de contratos públicos*. <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/12-claves-laborales-de-la-nueva-ley-de-contratos-publicos/>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. 1996. «Ámbito de aplicación de la Ley», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Dir. Gómez –Ferrer. Ed. Civitas. Madrid, 1996.
- GARCÍA DÍEZ, F. 2017. *Tabla Práctica para entender la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*. <http://www.lawandtrends.com/noticias/administrativo/tabla-practica-para-entender-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico-1.html>.



- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. 2018. *Los convenios de colaboración tras la LRJ-SP y la LCSP*. <http://abogados-administrativo.blogspot.com.es/2018/01/los-convenios-de-colaboracion-tras-la.html>.
- GARCÍA JIMÉNEZ, A. 2012. *La implantación de la factura electrónica en las compras públicas*. <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1502644>.
- GARCÍA RUBIO, F. 2017. «Las novedades de la nueva ley de contratos del sector público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos», *Documentación Administrativa* número 4. INAP. Diciembre.
- 2017. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Descripción de las novedades en la Administración Local*. <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507995>.
- GIL IBÁÑEZ, J. L. 2018. *Ley de Contratos del Sector Público 2018, concordancias, jurisprudencia, normas complementarios e índice analítico*. Editorial Colex, Madrid.
- GIMENO FELIU, J. M. 2018. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial Aranzadi. Pamplona.
- 2017. «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: un nuevo escenario para la contratación pública», *El Consultor de los Ayuntamientos*, número 23 (15-29 dic. 2017). Número Doc.: 130957.
- 2017. «La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades», *Documentación Administrativa* número 4. INAP. Diciembre.
- GONZÁLEZ, A., y MUÑOZ, J. 2016. *El partido político como poder adjudicador*. http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20161027/3-el_partido_politico_como_poder_adjudicador_alvaro_gonzalez_y_juliana_munoz.pdf.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. 2015. «Sostenibilidad social y ambiental en la directiva 2014/24/ue de contratación pública», *Revista Española de Derecho Europeo*. Octubre-diciembre.
- 2017. *Ley de Contratos del Sector Público: aplicación a los contratos patrimoniales*. <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/12/12/contratos-patrimoniales-nueva-ley-contratos-sector-publico/>.
- 2018. *Cláusulas sociales y ambientales de contratación pública*. <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/02/26/clausulas-sociales-y-ambientales-de-contratacion-publica/>.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. 2017. *Ampliación del plazo de ejecución de los contratos*. <http://www.administracionpublica.com/ampliacion-del-plazo-de-ejecucion-de-los-contratos/>.
- 2017. *Aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017: especial estudio de la fase de ejecución del contrato*. http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Ley-Contratos-Sector-Publico-ejecucion-contrato_11_1161430001.html.
- 2017. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona.



BIBLIOGRAFÍA

- GRAJAL CABALLERO, I. 2011. «El control de la contratación de las administraciones públicas», *Auditoría Pública*, número 54.
- GUERRA, A., MACÍA, A., y DELGADO, A. 2006. «La externalización, una realidad integrada en la gestión de la empresa», *Economía Industrial*, número 360, págs. 163 a 174).
- HARIOU, A. 1971. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Editorial Ariel. Barcelona.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, C. 2003. «Descentralización productiva en la empresa», *Boletín Económico del ICE*, número 2785, noviembre, pág. 3.
- HUERGO LORA, A. 2017. «El riesgo operacional en la nueva ley de contratos del sector público», *Documentación Administrativa* número 4. INAP. Diciembre.
- HUERTA BARAJAS, J. A. 2003. «Un protocolo para el establecimiento del precio del gasto de Defensa», *Revista General de Marina*, Madrid.
- 2008. «La evaluación previa de la colaboración del sector público y sector privado. El diálogo competitivo en la nueva LCSP», *Auditoría Pública*, enero.
- 2008. «Índice de correspondencia entre las Leyes y Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, Sector Público y Directiva 2004/18/CE», *Contratación Administrativa Práctica*, número 75 a 80.
- 2008. «Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa», *Contratación Administrativa Práctica*, número 78.
- 2009. «La determinación del precio en situaciones de carencia de referencias de mercado y escasa concurrencia», *Contratación Administrativa Práctica*, número 89.
- 2011. «La transposición de Directiva 2009/81/CE en materia de contratos de Seguridad y Defensa», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 2.
- 2011. «La Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Transposición de Directiva 2009/81/CE», *Contratación Administrativa Práctica*, número 113.
- 2017. *El artículo 346 del TFUE a la vista de la vista de la legislación de Defensa*. <http://www.ieee.es/contenido/noticias/2017/04/DIEEET02-2017.html>
- IBÁÑEZ, M. 2018. *Necesidad de alternativas al sellado de tiempo en la nueva ley de contratos del sector público*. http://www.elderecho.com/contenido_juridico/consultas_legales/sellado-tiempo-plazo-ley-contratos-sector-publico-administracion_11_1195930003.html.
- JUNTA DE ANDALUCÍA. 2016. *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la junta de Andalucía*. <http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/noticias/2016/octubre/descargas/GUIA%20PENDIENTE%20CG.pdf>.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. 2017. «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva ley de contratos del sector público de 2017. En particular, el caso de las corporaciones de derecho público», *Documentación Administrativa*, número 4. INAP. Diciembre.



- LÓPEZ CAMPO, A., y ROSELL MARTÍNEZ, J. 2007. «La Subcontratación y teoría de los costes de transacción, valoraciones de la incertidumbre para las empresas manufactureras españolas», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, vol. 16, número 3, págs. 9-22.
- LÓPEZ ZURITA, L. 2017. «La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública». *Documentación Administrativa*, número 4. INAP. Diciembre.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. 2017. *Diez actuaciones esenciales que hemos de realizar los aplicadores de la LCSP antes de su entrada en vigor*. <https://es.scribd.com/document/367170408/10-actuaciones-esenciales-a-realizar-antes-de-que-entre-en-vigor-la-nueva-Ley-de-Contratos-del-Sector-Publico>.
- 2017. *Contratación pública y transparencia*. Editorial La Ley. Wolters Kluwer. Madrid.
- 2018. «Contratación del sector público local». *El Consultor de los Ayuntamientos*. Madrid.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., y BOCOS REDONDO, P. 2017. *Contratación del sector público local*, Editorial Wolters Kluwer. Madrid.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. 2015. *Modificación de la Ley de contratos del sector público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas*. <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505401>.
- MEILÁN GIL, J. L., y GARCÍA PÉREZ, M. 2018. *Norma y acto administrativos*. Editorial Iustel. Madrid.
- MÉNDEZ GÓMEZ, E. 2018. *Contratos del sector público: Contrato de servicio*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters. Pamplona.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. 2008. *La contratación doméstica (in house providing) en la nueva ley de contratos del sector público*. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2105/documento/articuloUM.pdf?id=3139>.
- MESA VILA, M. 2018. *La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta*. <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508305>.
- MESTRE DELGADO, J. F., y MANENT ALONSO, L. 2018. *La Ley de Contratos del Sector Público Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.
- MICINN. 2015. *Guía de Compra Pública Innovadora*. http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Políticas_Fomento_Innv/Guia_CPI.pdf.
- MOISÉS BARRIO, A. 2017. «Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva ley de contratos del sector público de 2017», *Documentación Administrativa*, número 4. INAP. Diciembre.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y PERÁN QUESADA, S. 2018. *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*. Editorial Comares. Granada.
- MORENO MOLINA, J. A., y PINTOS, J. S. 2015. *El sistema de contratación pública español*. http://www.liberlex.com/archivos/SCP_ES.pdf.



- NOGUERA DE LA MUELA, B. 2010. «Los encargos in house en la ley de contratos del sector público. Especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», *Revista de Administración Pública*, número 182, Madrid, mayo-agosto.
- PALADÍN SÁENZ, B. 2016. *La supervisión de la ejecución de los contrato. En especial de las cláusulas sociales y ambientales ¿potencia sin control?*. http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20161028/0-_la_supervision_de_la_ejecucion_de_los_contratos_berna-be_palacin.pdf.
- PALMA, J. L. 2018. *Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. <http://contratodeobras.com/images/Efectos-cumplimiento-y-extincion-de-los-contratos-en-la-nueva-Ley-de-Contratos-del-Sector-Publico.pdf>.
- PALOMAR OLMEDA, A. 2018. *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial La Ley. Madrid.
- PARDO LÓPEZ, M. M., y GARCÍA ROMERO, B. 2018. *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*. Editorial Aranzadi. Pamplona.
- PÉREZ DELGADO, M., y RODRÍGUEZ PÉREZ, R. P. 2017. *Las 11 claves de la Ley 9/2017, 8 de noviembre, de Contratos del Sector*. <http://diariolaley.laley.es/home/EX0000127709/20171103/Las-11-claves-de-la-Ley-92017-8-de-noviembre-de-Contratos-del-Sector-Publico>.
- PINTOS GONZÁLEZ, J. 2016. *El actual régimen jurídico de los contratos de gestión de servicios públicos*. http://www.liberlex.com/archivos/II-monog_DCCP_GSP.pdf.
- 2017. *¿Es la nueva Ley de Contratos del Sector Público un azote contra la corrupción?* <https://www.diarioabierto.es/393772/la-nueva-ley-contratos-del-sector-publico-y-la-corrupcion>.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. 1993. «El Sistema de Garantías para la efectiva implantación de la apertura de la Contratación Pública Comunitaria, la Protección Jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)», *Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Madrid.
- 1996. «El Derecho comunitario de la Contratación Pública, marco de referencia de la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid.
- REGO BLANCO, M. D. 2017. «Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la ley de contratos del sector público de 2017», *Documentación Administrativa*, número 4. INAP. Diciembre.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. 1997. *Los Convenios entre Administraciones Públicas*. Marcial Pons. Madrid.
- ROMAR VILLAR, J. C. 2017. *Nueva ley de contratos: bajo el signo del consenso (aspectos de la nueva ley destacados por sus ponentes)*. <http://contratodeobras.com/images/La-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico.pdf>.
- ROMEU GRANADOS, J., y JUÁREZ RODRÍGUEZ, G. 2014. «Análisis de la actividad contractual de las administraciones públicas en España: aspectos relativos a la publicidad y la transparencia», *Revista de Gestión Pública*. Volumen III. Número 1. Enero-junio.



- RUIZ DAIMIEL, M. 2017. *La resolución del contrato por impago de los salarios o por incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en la nueva ley de Contratos del Sector Público*. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.322/recategoria.208/re/menu.3/chk.fea114c66ae44ad97e949879fffdcc41>.
- SANMARTÍN MORA, M. A. 2018. *La contratación de prestaciones de carácter intelectual en la ley 9/2017 de contratos del sector público*. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.342/recategoria.208/re/menu.3/chk.c6a87637273d092fad041c976984a59b>.
- SANTACANA GÓMEZ, J. M. 2010. «El iter procedimental de los expedientes de encomiendas de gestión tramitados por la administración general del estado», *Revista Cuenta con IGAE*, número 25, diciembre.
- 2014. «La tramitación de los contratos menores», *Revista de la Asociación Intervenores Auditores Estado*, número 54, julio.
- SANTIAGO, M. J., RUIZ-CABELLO, M. L., y GUTIÉRREZ, Pablo, V. 2017. *Manual práctico sobre el recurso especial en materia de contratación: doctrina 2012-2016*. Editorial Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J. 2015. *Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de control en la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro*. <http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/Auditor%C3%ADa%20P%C3%BAblica%20n%C2%BA%2066%20pag%20105-118.pdf>.
- SANTIAGO IGLESIAS, D. 2015. *Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público*. <http://laadministraciondial.inap.es/noticia.asp?id=1505048>.
- SEGOVIA MARCO, A. 2017. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público desde la perspectiva de la Administración*. El Derecho.com. http://www.elderecho.com/contenido_juridico/consultas_legales/nueva-ley-de-contratos-sector-publico-novedades-administracion_11_1168555003.html.
- TEJEDOR BIELSA, J. 2014. *Algunas novedades sobre encargos de ejecución en las nuevas directivas*. <http://www.administracionpublica.com/novedades-ejecucion-directivas/#more-8687>.
- 2018. *¿Mejor gobernanza de la contratación del sector público? ¿o sobre-regularización y saturación de controles?* <http://www.administracionpublica.com/mejor-gobernanza-de-la-contratacion-del-sector-publico-o-sobrerregulacion-y-saturacion-de-controles/>.
- TORNOS MAS, J. 2017. *La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público*. <http://laadministraciondial.inap.es/noticia.asp?id=1508103>.
- TRIBUNAL DE CUENTAS. 2017. *Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones Públicas*. http://contratodeobras.com/images/Tribunal-de-Cuentas_-Encomiendas-de-gestion.pdf.



BIBLIOGRAFÍA

- VÁZQUEZ MATILLA, F. J. 2008. «Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre Recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra». *Revista Jurídica de Navarra*, número 45.
- VÁZQUEZ MATILLA, F. J., y RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M. 2017. *La adjudicación de contratos públicos en la nueva ley de contratos del sector público*. Editorial Aranzadi. Pamplona.
- YÁÑEZ SÁNCHEZ, G. 2018. *Contratación pública electrónica obligatoria*. <http://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA-AEAMtMSbF1CTEAAiNTC3NLU7Wy1KLizPw8WyMDQ3NDQyMjkE-BmWqVlfnJIZUGqbVpiTnEqAluUffg1AAAAWKE>.





BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA
Y PARA LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES