

ESTUDIOS
JURÍDICOS



ACLARACIONES
A LA LEY 9/2017
DE CONTRATOS
DEL SECTOR PÚBLICO:
ENFOQUE
CIENTÍFICO-PRÁCTICO

Álvaro Canales Gil
Justo Alberto Huerta Barajas
Patricia Canales Menés
Carlos Huerta Mérida

BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ACLARACIONES A LA LEY 9/2017
DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO:
ENFOQUE CIENTÍFICO-PRÁCTICO

ESTUDIOS JURÍDICOS, 20

ACLARACIONES A LA LEY 9/2017
DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO:
ENFOQUE CIENTÍFICO-PRÁCTICO

ÁLVARO CANALES GIL
JUSTO ALBERTO HUERTA BARAJAS
PATRICIA CANALES MENÉS
CARLOS HUERTA MÉRIDA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Madrid, 2022

Primera edición: octubre de 2022.



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

© Álvaro Canales Gil, Justo Alberto Huerta Barajas,
Patricia Canales Menés y Carlos Huerta Mérida

© Para esta edición, AEBOE

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

NIPO: 090-22-215-X (en papel)
090-22-216-5 (en línea, PDF)
090-22-217-0 (en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-2861-6

Depósito legal: M-23798-2022

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

A nuestras familias por su paciencia
y comprensión y, especialmente
a nuestros hijos, que se han dejado
inocular de nuestra pasión
por la Contratación Pública.

ÍNDICE

Páginas

PRÓLOGO	31
GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS	35
INTRODUCCIÓN	39

PRIMERA PARTE

Fundamentos de la nueva contratación pública

1. PLANTEAMIENTO GENERAL	47
2. PRINCIPIOS RECTORES	50
A. <i>Introducción</i>	50
B. <i>Su consideración en el trámite de subsanación de defectos</i>	53
C. <i>Vocación de universalidad</i>	54
3. LA «CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA»	59
A. <i>Concepto</i>	59
B. <i>Encaje en el Derecho Comunitario</i>	63
a) <i>Planteamiento general</i>	63
b) <i>Criterios relativos al medio ambiente</i>	64
C. <i>Dificultad en su implementación</i>	66
D. <i>La Ley española sobre cambio climático y transición energética</i> ..	68



	Páginas
4. INSTRUMENTO EUROPEO DE RECUPERACIÓN	69
A. <i>Introducción</i>	69
B. <i>Creación del Fondo de Restauración y Resiliencia</i>	73
C. <i>Servicio Nacional de Coordinación Antifraude</i>	74
D. <i>Sistema de gestión de los fondos europeos contemplados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: Aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos</i>	75
a) <i>Introducción</i>	75
b) <i>Ámbito de aplicación subjetivo</i>	76
c) <i>Ámbito de aplicación objetivo</i>	77
d) <i>Obligaciones del órgano de contratación o de las entidades ejecutoras</i>	78
1. <i>Principios</i>	78
2. <i>Preparación del contrato: Evaluación del riesgo de fraude, corrupción o conflicto de interés</i>	78
e) <i>Aspectos a incluir en los pliegos</i>	79
f) <i>Extremos a incluir en el expediente de contratación</i>	80
E. <i>Medidas de revisión de la LCSP</i>	80
a) <i>Planteamiento previo</i>	80
b) <i>Medias adoptadas</i>	82
1. <i>Introducción</i>	82
2. <i>Tramitación de urgencia de los expedientes de contratación</i> ...	83
3. <i>Elevación de los valores estimados en procedimiento abierto simplificado ordinario y simplificado abreviado</i> ...	88
4. <i>Promoción de la elaboración de pliegos-tipo</i>	89
5. <i>Exoneración del régimen de autorización previa para celebrar determinados contratos</i>	89
6. <i>Simplificación de los informes a solicitar en relación con determinados procedimientos de contratación</i>	90
7. <i>Fijación del plazo máximo de vigencia de los contratos de carácter energético</i>	90
8. <i>Agilización de los plazos de interposición y admisibilidad del recurso especial en materia de contratación</i>	91
9. <i>Creación de una nueva sección en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales</i>	92
10. <i>Potenciación de la utilización de la figura de los encargos a medio propio</i>	93
11. <i>Modificación en los contratos de obra</i>	94
12. <i>Proyectos de I+D+I</i>	94
13. <i>Contratación conjunta de la redacción del proyecto y la ejecución de la obra</i>	94



	<u>Páginas</u>
c) Participación de los Interventores en los órganos colegiados competentes en materia de contratación	95
1. Introducción	95
2. Actuaciones de carácter general	96
3. Indicadores de fraude y corrupción	96
4. Obligaciones e indicadores con respecto al conflicto de intereses	97
5. Comunicación y seguimiento	97

SEGUNDA PARTE

Ámbito de aplicación objetivo

1. INTRODUCCIÓN	99
2. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	101
A. <i>Onerosidad</i>	101
B. <i>Carácter sinalagmático</i>	103
C. <i>Tratamiento de las ofertas anormalmente bajas</i>	105
3. EXCLUSIÓN POR TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 4 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA	105

TERCERA PARTE

Metodología de la Ley

1. PLANTEAMIENTO GENERAL	109
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO	111
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO	111
A. <i>Sector Público</i>	111
a) Modelo propio	111
b) Contenido	112
B. <i>Poder Adjudicador Administración Pública</i>	115
a) Concepto	115
b) Naturaleza contractual	119
C. <i>Poder Adjudicador No Administración Pública</i>	120
a) Concepto	120
b) Naturaleza contractual	124
c) Caso de las federaciones deportivas	130
d) Caso de las Entidades Urbanísticas de Conservación	132



	<u>Páginas</u>
D. <i>No poder adjudicador</i>	133
a) <i>Concepto</i>	133
b) <i>Naturaleza contractual</i>	134

CUARTA PARTE

Negocios y contratos excluidos

1. <i>ÁMBITO DE APLICACIÓN</i>	137
2. <i>NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA Y DE LA SEGURIDAD</i>	137
3. <i>NEGOCIOS JURÍDICOS: CONVENIOS, ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y ENCARGOS A MEDIO PROPIO</i>	152
A. <i>Introducción</i>	152
B. <i>Convenios</i>	153
C. <i>Encomiendas de gestión</i>	159
D. <i>Encargo a medio propio</i>	163
a) <i>Naturaleza</i>	163
b) <i>Concepto</i>	165
c) <i>Constitución</i>	165
d) <i>Ejecución</i>	172
4. <i>NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL</i>	180
5. <i>NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EN EL ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN, EL DESARROLLO Y LA INNOVACIÓN</i>	181
6. <i>RELACIONES JURÍDICAS, NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EN EL ÁMBITO DEL DOMINIO PÚBLICO Y EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL</i>	185
7. <i>NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EN EL ÁMBITO FINANCIERO</i>	190
8. <i>OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS O CONTRATOS</i>	191

QUINTA PARTE

Aspectos troncales

1. <i>INTRODUCCIÓN</i>	199
2. <i>NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO</i>	200
A. <i>Planteamiento general</i>	200
B. <i>Programación anual de la actividad contractual</i>	201



	Páginas
3. LIBERTAD DE PACTOS	203
A. <i>Su importancia</i>	203
B. <i>Responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias del contratista</i> ...	207
4. APTITUD Y CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO	209
A. <i>Especial referencia a la habilitación empresarial o profesional</i>	209
a) Concepto	209
b) Naturaleza y momento de acreditación	211
c) Acreditación por medios externos	212
d) Forma jurídica del operador económico	213
e) Caso del agente suscriptor de seguros	215
B. <i>Acreditación del cumplimiento de los requisitos previos</i>	216
a) Planteamiento general	216
b) Subsancionabilidad del Documento Europeo Único de Contratación	218
c) Efecto jurídico de la admisión del Documento Europeo Único de Contratación	222
d) Subcontratación y Documento Europeo Único de Contratación ...	223
1. Posible exigencia	223
2. Regla general	224
3. Excepción	225
C. <i>Capacidad de obrar</i>	225
a) Planteamiento general	225
b) Persona física	226
c) Persona jurídica	226
1. Adecuación al objeto contractual	226
2. Acreditación según nacionalidad	228
3. Sucesión del licitador	230
d) Unión Temporal de Empresarios	233
1. Concepto.....	233
2. Capacidad de obrar de cada empresa.....	235
3. Alteración en su composición	237
4. Legitimación procesal de cada miembro.....	239
D. <i>Solvencia</i>	240
a) Planteamiento previo	240
b) Características	242
c) Medida adicional de solvencia	244
d) Modos de acreditación	246



	Páginas
e) Acreditación con medios ajenos	248
1. Introducción	248
2. Condiciones especiales de ejecución	252
3. Unión Temporal de Empresarios	253
f) Solvencia económica y financiera	255
1. Introducción	255
2. Medios de acreditación	257
3. Prueba	259
g) Solvencia técnica en los contratos de obras	261
1. Introducción	261
2. Medios de acreditación	262
3. Prueba	265
h) Solvencia técnica en los contratos de suministros	265
1. Introducción	265
2. Medios de acreditación	266
3. Prueba	268
i) Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios ...	270
1. Introducción	270
2. Medios de acreditación	270
3. Prueba	275
j) Solvencia técnica o profesional en los restantes contratos	277
k) Garantía de la calidad	277
l) Gestión medioambiental	279
m) Exención	279
<i>E. Clasificación del contratista</i>	<i>280</i>
a) Ámbito de aplicación subjetivo	280
b) Obligatoriedad	281
c) Potestatividad	282
d) No obligatoriedad	282
e) Excepciones	283
f) Criterios y condiciones para la clasificación	283
g) Clasificación a través de medios ajenos	286
h) Uniones Temporales de Empresarios	287
i) Competencia	290
1. Efecto de la STC 68/2021	290
2. Clasificaciones contradictorias	293
j) Inscripción registral	294
k) Actualización de la información registral	296



	Páginas
l) Interconexión con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado	297
m) Prueba de la clasificación y de la aptitud para contratar a través de registros o listas oficiales de contratistas	298
n) Plazo de vigencia	299
<i>F. Prohibiciones para contratar</i>	<i>300</i>
a) Introducción	300
b) Prohibiciones que afectan a los contratos que celebren las entidades del Sector Público	302
c) Prohibiciones que afectan a un Poder Adjudicador Administración Pública	313
d) Sistemas de acreditación de la ausencia de prohibición para contratar	316
1. Sistema directo	316
2. Sistema mixto	318
3. Sistema previo	321
e) No declaración de prohibición y revisión de la declarada	322
1. No declaración de la prohibición	322
2. Revisión de la prohibición para contratar ya declarada	323
f) Caso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	325
g) Plazos de prescripción	325
1. Contratos públicos	325
2. Contratos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública	326
h) Duración de la prohibición	326
i) Eficacia de las prohibiciones	327
5. OBJETO CONTRACTUAL	328
A. <i>Introducción</i>	<i>328</i>
B. <i>Competencia</i>	<i>329</i>
C. <i>Características</i>	<i>330</i>
a) Naturaleza jurídica del contrato	330
b) Determinación	330
c) Interdicción al fraccionamiento	332
d) Lotes	333
1. Regla general	333
2. Excepción	338
3. Lotes y contratos sujetos a regulación armonizada	340



	Páginas
6. PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN, VALOR ESTIMADO Y PRECIO	341
A. <i>Presupuesto base de licitación</i>	341
a) Planteamiento previo	341
b) Concepto	342
c) Determinación	342
B. <i>Valor estimado</i>	344
a) Comentario previo	344
b) Concepto	345
c) Método de cálculo	346
1. Introducción	346
2. Unidad funcional separada	346
3. Contenido	347
4. Lotes	349
5. Contratos de obras, suministros y servicios	350
6. Contratos de concesión de obras y concesión de servicios ...	352
d) Costes salariales parte del precio final	353
e) Exclusiones	356
C. <i>Precio</i>	356
a) Planteamiento general	356
b) Modos de determinación	359
1. Sistemas habituales	359
2. Sistemas especiales	360
c) Revisión de precios	361
1. Concepto	361
2. Excepciones	362
3. Contenido	364
4. Prescripción	367
5. Costes salariales	370
6. Normativa estatal	371
7. Normativa autonómica	374
7. DURACIÓN	378
A. <i>Planteamiento general</i>	378
B. <i>Plazos</i>	379
a) Generales	379
b) Contratos de servicios	381
C. <i>Prórroga</i>	384
a) Prórroga y ampliación del plazo de ejecución	384



	Páginas
b) Exclusión consentimiento tácito	385
c) Contenido	385
d) Contratos puente	386
D. Acuerdo marco	386
8. CÓMPUTO DE PLAZOS	387
A. <i>Introducción</i>	387
a) Uso de medios electrónicos	387
b) Envío de ofertas	390
B. <i>Medios de comunicación</i>	392
a) Regla general: Medios electrónicos	392
b) Otros medios	393
1. Presentación no electrónica de ofertas y solicitudes de participación	393
2. Comunicaciones orales	394
C. <i>Reglas generales de cómputo</i>	395
D. <i>Último día de presentación de ofertas o solicitudes de participación</i>	395
9. PRINCIPIOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS LICITADORES	397
A. <i>Aceptación incondicionada de los pliegos</i>	397
a) Planteamiento general	397
b) Subsanación de errores	400
c) Aclaración de proposiciones	402
d) Confusión en la presentación de proposiciones	403
B. <i>Unicidad de la proposición</i>	405
a) Planteamiento general	405
b) Doctrina del «levantamiento del velo»	408
c) Admisión de variantes	409
C. <i>Confidencialidad</i>	410
a) Ámbito de aplicación	410
b) Poder Adjudicador Administración Pública	411
1. Contenido	411
2. Acuerdo de adjudicación	413
3. Procedimiento de licitación con negociación	416
c) No Poder Adjudicador	416
1. Principios de transparencia y confidencialidad	416
2. Publicación de datos protegidos	417



	Páginas
10. LA PARTE CONTRATANTE.....	418
A. <i>Órgano de contratación</i>	418
a) Concepto.....	418
b) Tipología.....	419
c) Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses	420
1. Planteamiento general	420
2. Comportamiento a seguir	422
B. <i>Perfil de Contratante y Plataforma de Contratación del Sector Público</i>	423
a) Conceptos	423
b) Perfil de Contratante	425
1. Formato y confidencialidad	425
2. Información general.....	426
3. Información mínima	426
4. Publicidad de la contratación menor	429
c) Plataforma de Contratación del Sector Público	431
1. Planteamiento general	431
2. Subsanación de errores	434
C. <i>Portal de Transparencia</i>	435
a) Planteamiento previo y publicidad activa	435
b) Publicidad pasiva: Atención del derecho de acceso a la información pública.....	438
11. GARANTÍAS.....	439
A. <i>Garantías prestadas por terceros y preferencia en la ejecución de garantías</i>	439
B. <i>Ámbito de aplicación</i>	440
C. <i>Contratos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública</i>	441
a) Garantía provisional.....	441
1. Naturaleza.....	441
2. Constitución.....	443
3. Realización de lotes.....	444
4. Extinción	445
b) Garantía definitiva.....	445
1. Naturaleza.....	445
2. Constitución.....	446



	Páginas
3. Forma.....	448
4. Responsabilidades	449
5. Cancelación	452
D. <i>Garantías exigibles en otros contratos públicos</i>	453
12. RACIONALIZACIÓN TÉCNICA DE LA CONTRATACIÓN	454
A. <i>Introducción</i>	454
B. <i>No exigencia de cobertura presupuestaria</i>	455
C. <i>Garantía definitiva</i>	455
D. <i>Acuerdo Marco</i>	456
a) Concepto y naturaleza.....	456
b) Régimen jurídico.....	457
c) Funcionalidad	458
1. Posible obligatoriedad	458
2. Duración	459
d) Límite máximo.....	460
e) Adjudicación de contratos basados.....	461
1. Consideraciones generales.....	461
2. Procedimiento.....	462
3. Casos especiales	463
f) Modificaciones.....	464
E. <i>Sistema dinámico de adquisición</i>	465
a) Concepto y naturaleza.....	465
b) Implementación	466
c) Incorporación al sistema	466
d) Adjudicación de contratos específicos.....	468
13. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	469
A. <i>Planteamiento conceptual</i>	469
B. <i>Ámbito de aplicación subjetivo</i>	470
14. CAUSAS DE INVALIDEZ.....	474
A. <i>Principio de economía procesal</i>	474
B. <i>Ámbito de aplicación</i>	474
C. <i>Causas de derecho administrativo</i>	476
a) De nulidad.....	476
b) De anulabilidad.....	478
c) Plazo	478



	Páginas
d) Efectos	479
1. Planteamiento general	479
2. Doctrina del enriquecimiento injusto	481
3. Complementariedad de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno	483
D. <i>Causas de derecho civil</i>	484
15. PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS	484
A. <i>Modelo esencialmente formalista</i>	484
B. <i>Formalización contractual</i>	486
a) Contratos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública	486
b) Contratos celebrados por el resto de entidades contratantes	487
16. INFORMACIÓN CONTRACTUAL	489
A. <i>Tribunal de Cuentas</i>	489
B. <i>Gobernanza</i>	491
a) Planteamiento general.....	491
b) Registro de Contratos del Sector Público	492
c) Informes específicos sobre procedimientos de adjudicación....	493
d) Comité Técnico de Cuentas Nacionales.....	495
e) Información de Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla	496
17. GOBERNANZA	497
A. <i>Órganos competentes</i>	497
a) Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (Oficina Nacional de Evaluación).....	497
b) Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública).....	502
c) Consejo sobre la Calidad de la Arquitectura.....	504
B. <i>Estrategia Nacional de Contratación Pública</i>	505
C. <i>Estrategia Nacional de Arquitectura</i>	506

SEXTA PARTE

Normas aplicables a la contratación de un Poder Adjudicador Administración Pública

1. INTRODUCCIÓN	507
-----------------------	-----



	Páginas
2. TIPOLOGÍA.....	508
A. <i>Contratos administrativos</i> «típicos».....	508
a) Contrato de obras.....	508
1. Concepto.....	508
2. Objeto.....	509
3. Clases de obras.....	511
4. Proyecto de obras.....	513
b) Contrato de concesión de obras.....	522
1. Concepto y objeto.....	522
2. Nota característica: Riesgo operacional.....	525
c) Contrato de concesión de servicios.....	527
1. Concepto.....	527
2. Diferencias con el contrato de concesión de obras.....	533
3. Equilibrio económico.....	534
4. Ejecución.....	536
d) Contrato de suministro.....	540
1. Concepto.....	540
2. Modalidades.....	542
e) Contrato de servicios.....	546
1. Concepto.....	546
2. Objeto.....	548
3. Servicios especiales.....	556
B. <i>Contratos administrativos</i> «especiales».....	559
C. <i>Contratos mixtos</i>	560
D. <i>Régimen jurídico</i>	565
a) <i>Contratos administrativos</i> «típicos».....	565
b) <i>Contratos administrativos</i> «especiales».....	566
c) <i>Contratos mixtos</i>	566
E. <i>Contratos privados</i>	569
a) Concepto.....	569
b) <i>Ámbito de aplicación subjetivo</i>	571
c) <i>Régimen jurídico</i>	571
3. ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN.....	572
A. <i>Autorización previa del Consejo de Ministros</i>	572
B. <i>Clases de competencia</i>	575
C. <i>Contratación centralizada</i>	578
a) <i>Introducción</i>	578



	Páginas
b) Funcionalidad	579
c) Sistema Estatal de Contratación Centralizada	579
d) Sistema autonómico y local de contratación centralizada	582
4. MESAS DE CONTRATACIÓN	583
A. <i>Concepto y naturaleza jurídica</i>	583
B. <i>Régimen jurídico</i>	583
C. <i>Mesas de contratación</i>	584
a) Mesa de contratación general	584
1. Características generales	584
2. Funciones.....	587
3. Composición.....	591
4. Actas	597
b) Mesa Especial del Diálogo Competitivo o del Procedimiento de Asociación para la Innovación	598
c) Mesa de contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada	598
d) Jurado en concursos de proyectos.....	598
D. <i>Alguna problemática a la que se enfrenta una mesa de contratación</i>	599
a) Fin del plazo de presentación de proposiciones o solicitudes de participación	599
b) Defectos en la documentación administrativa	600
c) Subsanación de errores u omisiones: Medio de comunicación....	605
d) Comprobación de la situación concursal	605
e) Presentación de proposiciones.....	606
f) Retirada de la oferta.....	608
g) Análisis de las condiciones especiales de ejecución.....	609
h) Ausencia de competencia para excluir una oferta anormalmente baja	609
E. <i>Responsabilidad de los miembros de la mesa de contratación</i>	610
5. FASE INTERNA: PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	611
A. <i>Planteamiento estratégico del contrato</i>	611
B. <i>Naturaleza del contrato</i>	612
C. <i>Valor estimado del contrato</i>	612
a) Planteamiento general.....	612
b) Sistema de cuantías aplicable al contrato de obras.....	613
c) Sistema de cuantías aplicable a los contratos de suministro y servicios	615



	Páginas
D. <i>Contratos sujetos a regulación armonizada</i>	616
E. <i>Contratos reservados</i>	618
a) Introducción.....	618
b) Centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción.....	621
c) Organizaciones para prestar determinados servicios.....	623
d) Entidades sin ánimo de lucro.....	625
F. <i>Expediente de contratación</i>	626
a) Planteamiento general.....	626
b) Reutilización de sistemas y aplicaciones informáticas.....	631
c) Especialidades propias de algunos contratos.....	632
1. Contrato de obras.....	632
2. Contrato de concesión de obras.....	636
3. Contrato de concesión de servicios.....	637
4. Contrato de suministro.....	638
5. Contrato de servicios.....	638
d) Pliegos de cláusulas administrativas.....	639
1. Concepto y naturaleza jurídica.....	639
2. Contenido.....	642
3. Pliegos de cláusulas administrativas generales.....	644
4. Pliegos de cláusulas administrativas particulares.....	646
5. Aclaraciones.....	648
6. Reglas interpretativas.....	649
e) Pliegos de prescripciones técnicas.....	656
1. Introducción.....	656
2. Pliego de prescripciones técnicas generales.....	661
3. Pliego de prescripciones técnicas particulares.....	662
4. Facultad de determinación.....	663
5. Acreditación.....	664
6. Principio de neutralidad profesional.....	664
7. Modo de determinación.....	666
8. Criterio para su determinación.....	669
9. Marco referencial.....	673
10. Etiquetas.....	676
11. Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba...	678
f) Condiciones especiales de ejecución contractual.....	679
1. Planteamiento general.....	679
2. «Numerus apertus».....	682
3. Tutela de su cumplimiento.....	685



	Páginas
g) Modalidades de tramitación.....	686
1. Ordinaria.....	686
2. Extraordinaria.....	688
h) Procedimientos de adjudicación.....	697
i) Criterios de adjudicación.....	698
1. Planteamiento estratégico.....	698
2. Tipos.....	701
3. Condiciones.....	710
4. Discrecionalidad técnica.....	726
5. Principio de proposición única.....	727
6. Aplicación de los criterios.....	732
7. Dinámica.....	734
8. Criterios de desempate.....	737
9. Renuncia a la revisión de precios.....	740
10. Experiencia.....	741
11. Licitación desierta.....	742
j) Contratos menores.....	743
1. Introducción.....	743
2. Ámbito de aplicación subjetivo.....	748
3. Ámbito de aplicación objetivo.....	750
4. Valores estimados.....	752
5. Requisitos mínimos.....	753
6. Duración.....	754
7. Objeto.....	754
8. Procedimiento de adjudicación.....	755
9. Ejecución.....	757
10. Publicidad.....	757
11. Contratos de naturaleza especial.....	759
6. FASE EXTERNA: ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS....	760
A. <i>Planteamiento general</i>	760
B. <i>Procedimientos abiertos</i>	761
a) Introducción.....	761
b) Procedimiento abierto ordinario.....	762
1. Plazos.....	762
2. Propuesta de adjudicación.....	763
3. Adjudicación.....	765
c) Procedimiento abierto simplificado.....	766
1. Ordinario.....	766
2. Abreviado.....	772



	Páginas
C. <i>Procedimiento restringido</i>	773
a) Introducción	773
b) Comprobación de requisitos de personalidad y solvencia	775
c) Procedimiento	777
1. Solicitudes de participación.....	777
2. Selección de candidatos.....	777
3. Remisión de Invitaciones.....	778
4. Propositiones.....	779
5. Adjudicación	779
D. <i>Procedimientos de licitación con negociación</i>	780
a) Introducción	780
b) Procedimiento de licitación con negociación y publicidad	782
1. Supuestos.....	782
2. Procedimiento.....	783
c) Procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad ...	785
1. Supuestos.....	785
2. Tramitación	791
E. <i>Procedimiento de diálogo competitivo</i>	792
a) Introducción	792
b) Procedimiento	793
1. Introducción.....	793
2. Fases procedimentales	795
F. <i>Procedimiento de asociación para la innovación</i>	799
a) Planteamiento general.....	799
b) Procedimiento	799
1. Introducción.....	799
2. Fases procedimentales	801
7. DECISIÓN DE NO ADJUDICAR Y DESISTIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO	803
A. <i>Precisión</i>	803
B. <i>Concepto</i>	804
C. <i>Regulación</i>	805
8. ADJUDICACIÓN CONTRACTUAL	808
A. <i>Introducción</i>	808
B. <i>Clasificación de las ofertas</i>	808
a) Planteamiento general.....	808
b) Discrecionalidad técnica	810



	Páginas
c) Conductas colusorias	812
d) Comprobación del Documento Europeo Único de Contratación ...	816
C. <i>Ofertas anormalmente bajas</i>	827
a) Concepto	827
b) Determinación de parámetros	829
c) Procedimiento	834
1. Cuestión previa: Acceso resto de ofertas	834
2. Contenido	835
D. <i>Acuerdo de adjudicación</i>	843
a) Cuestión previa	843
b) Motivación	844
9. FORMALIZACIÓN CONTRACTUAL	851
A. <i>Introducción</i>	851
B. <i>Improcedencia de aclaración de proposiciones</i>	852
C. <i>Contenido</i>	852
D. <i>Plazos</i>	855
E. <i>Publicidad</i>	857
10. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	860
A. <i>Premisas</i>	860
B. <i>Principio de riesgo y ventura</i>	861
a) Doctrina general.....	861
b) Teoría del riesgo razonablemente imprevisible	864
c) Convenio colectivo aplicable	867
C. <i>Prerrogativas administrativas</i>	868
a) Introducción.....	868
b) Régimen jurídico.....	869
1. General	869
2. Contrato de concesión de obras	871
3. Contrato de concesión de servicios	876
c) Procedimiento	877
D. <i>Ejecución parcial o defectuosa</i>	879
a) Introducción.....	879
b) Cumplimiento defectuoso	881
c) Incumplimiento parcial	882
d) Demora en la ejecución	882
1. Premisa: Vigencia del contrato	882
2. Contenido	884



	Páginas
<i>E. Daños a terceros</i>	886
<i>F. Modificación contractual</i>	888
a) Introducción.....	888
b) Naturaleza jurídica.....	890
c) Ámbito de aplicación.....	891
d) Premisas de la modificación contractual	893
e) Causas habilitantes.....	894
1. Modificación de contenido presupuestario.....	894
2. Modificaciones incluidas en los pliegos.....	895
3. Otras modificaciones	898
4. Modificaciones de contratos basados en un acuerdo marco....	905
f) Especificidades aplicables a ciertos contratos	908
1. Contrato de obras.....	908
2. Contrato de concesión de obras.....	917
3. Contrato de concesión de servicios	918
g) Procedimiento	920
h) Formalización	922
<i>G. Suspensión contractual</i>	922
<i>H. Extinción contractual</i>	923
a) Cumplimiento contractual	923
1. Regulación general.....	923
2. Reglas especiales.....	932
b) Resolución contractual.....	938
1. Introducción.....	938
2. Procedimiento.....	940
3. Causas generales.....	945
4. Causas específicas	953
11. PAGO DEL PRECIO.....	969
<i>A. Introducción</i>	969
<i>B. Modificaciones no sustanciales</i>	970
<i>C. Modalidades de pago</i>	971
a) Planteamiento general.....	971
b) Abono total	972
c) Pagos parciales.....	972
d) Abonos a cuenta.....	974
e) Otras formas de pago.....	975



	Páginas
<i>D. Procedimiento de pago</i>	976
a) <i>Ámbito de aplicación</i>	976
b) <i>Plazo</i>	977
c) <i>Demora</i>	982
1. <i>Interés a aplicar</i>	982
2. <i>Costes de cobro</i>	983
<i>E. Período medio de pago a proveedores</i>	984
<i>F. Procedimiento de cobro</i>	986
<i>G. Transmisión de los derechos de cobro</i>	991
<i>H. Responsabilidad de la Administración por deudas del contratista</i> ...	995
a) <i>Por impago de salarios o cuotas de la Seguridad Social</i>	995
b) <i>Por deudas tributarias</i>	1000
<i>I. Caso de huelga</i>	1004
12. <i>PLAZO DE GARANTÍA Y RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA</i>	1006
<i>A. Planteamiento general</i>	1006
<i>B. Supuestos especiales</i>	1009
a) <i>Contrato de obras</i>	1009
b) <i>Contratos de suministro</i>	1009
c) <i>Contrato de servicios</i>	1010
13. <i>CESIÓN CONTRACTUAL</i>	1010
14. <i>SUBCONTRATACIÓN</i>	1013
<i>A. Introducción</i>	1013
<i>B. Concepto</i>	1014
<i>C. Naturaleza jurídica</i>	1015
<i>D. Ámbito de aplicación</i>	1017
<i>E. Régimen jurídico</i>	1018
a) <i>Planteamiento general</i>	1018
b) <i>Requisitos</i>	1020
c) <i>Responsabilidad</i>	1024
<i>F. Pagos a subcontratistas o suministradores</i>	1027
a) <i>Régimen jurídico</i>	1027
b) <i>Tutela de los pagos</i>	1031
<i>G. Pago directo a subcontratistas o suministradores</i>	1033



SÉPTIMA PARTE

Régimen de recursos

1.	DUALIDAD DEL SISTEMA	1035
	A. <i>Recursos ordinarios en vía administrativa</i>	1035
	a) <i>Ámbito de aplicación</i>	1035
	b) <i>Legitimación</i>	1038
	c) <i>Acceso al expediente</i>	1039
	d) <i>Impugnación en vía administrativa</i>	1043
	1. <i>Introducción</i>	1043
	2. <i>Recurso de alzada</i>	1044
	3. <i>Recurso potestativo de reposición</i>	1046
	B. <i>Recurso especial en materia de contratación</i>	1047
	a) <i>Naturaleza jurídica</i>	1047
	b) <i>Ámbito de aplicación</i>	1049
	1. <i>Objetivo</i>	1049
	2. <i>Subjetivo</i>	1055
	c) <i>Legitimación</i>	1059
	1. <i>Planteamiento general</i>	1059
	2. <i>Supuestos especiales</i>	1066
	d) <i>Órgano competente</i>	1070
	1. <i>Antecedentes</i>	1070
	2. <i>Órganos competentes en la Administración General del Estado</i>	1073
	3. <i>Órganos competentes en la Administración Autonómica y Local</i>	1076
	e) <i>Procedimiento</i>	1078
	1. <i>Iniciación</i>	1078
	2. <i>Instrucción</i>	1090
	3. <i>Resolución</i>	1096
2.	MEDIDAS CAUTELARES	1104
3.	ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE	1108
	A. <i>Ámbito de aplicación</i>	1108
	B. <i>Órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa</i>	1110
	C. <i>Legitimación</i>	1111
	BIBLIOGRAFÍA	1113



PRÓLOGO

En el año 2018 tuve la satisfacción de hacer la introducción a la obra *Comentarios a la Ley 9/2017, de contratos del sector público* de los profesores Álvaro Canales Gil y Justo Alberto Huerta Barajas. Este libro, magníficamente editado y distribuido por el BOE, se ha convertido en guía de referencia y consulta para todos los que necesitaban una obra clara y concisa que acometiese la compleja tarea de las compras públicas con criterios de legalidad y eficiencia, como ya apuntaba en aquella obra.

Pero el tiempo y los avatares de esta nueva época «pospandemia» han hecho obligado hacer una nueva lectura a la Ley 9/2017 por los nuevos retos de gestión que se nos avecinan. De esta manera, conjugando la experiencia y las nuevas aportaciones al equipo de redacción de esta nueva obra con dos nuevos miembros desde el campo de la judicatura y la gestión pública, Patricia Canales Menés y Carlos Huerta Mérida, se ha podido acometer la redacción en muy breve plazo de este nuevo tratado *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del sector público: enfoque científico-práctico*.

En consecuencia, esta nueva obra se convierte en complementaria de la anterior, permitiéndonos de nuevo recoger, de forma sistemática, una panoplia de sentencias, un conjunto de resoluciones, dictámenes e informes que ponen al día y de forma sintética al profesional de la contratación pública en una materia tan profusa, dispersa y cambiante.



Al mismo tiempo, esta obra cuenta con toda la frescura y todas las virtudes de la anterior, ya que mantiene todo su espíritu, razón por la que es motivo de honda satisfacción para mí, y que se ampara en varios fundamentos.

El primero, que el nuevo libro que ahora presento, por parte de los autores, ha supuesto dar una respuesta con prontitud a la complejidad de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y a la diversidad de modificaciones operadas fruto de una legislatura políticamente compleja.

En segundo lugar, porque esta monografía es una obra didáctica, al tiempo que rigurosa en el análisis de sus contenidos. Circunstancia que es consecuencia de la experiencia de los autores. Dos son de los máximos expertos en contratación pública, tanto por sus aportaciones en el ámbito de la investigación (ambos son Doctores en Derecho) y de la académica, ya que son docentes en la formación de postgrado universitario en la materia, hecho al que se suma su dedicación al control de la contratación como interventores y auditores. Las dos nuevas incorporaciones del campo de la judicatura y la gestión pública, refuerzan de forma singular el del conocimiento directo de su aplicación.

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, sino que incorpora los cambios legislativos de cinco años. 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 perdió, en buena parte, el objetivo de trasposición 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 dos mil novecientas cuatro 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). Sino la puesta al día y ejecución de los nuevos fondos europeos.

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 de la obra al igual que la anterior y que se ha plasmado en esta nuevo texto *Aclaraciones a la Ley 9/2017 de Contratos del sector público: enfoque científico-práctico*. Este hecho supone un hito editorial por parte del BOE y de servicio público a la gestión pública y los particulares al facilitar su posterior acceso, una vez recuperado sus costes, por medio de descargas de la obra de acceso libre, como ya se hizo con la anterior obra *Comentarios a la Ley 9/2017, de contratos del sector público*, con más de sesenta y cinco mil descargas en formato PDF con el fin de facilitar al lector mantenerse siempre informado de la normativa vigente. Insisto en que esta circunstancia hace que la

(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 prólogo, nos permita conocer y comprender mejor la Ley ha de ser necesariamente bienvenida.

obra sea un texto práctico que acerca un profundo conocimiento de los autores a una materia nada fácil y necesitada de reflexión como es la contratación pública.

En consecuencia, de nuevo 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, Justo Alberto Huerta, Patricia Canales Menés y Carlos Huerta Mérida, suman con esta obra nuevos planteamientos a la doctrina de referencia en la materia, y lo hacen de 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 septiembre de 2022

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

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CCCP	Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública.
CNAE	Clasificación Nacional de Actividades Económicas.
CPE	Contratación Pública Estratégica.
CPV	Vocabulario Común de Contratos Públicos (Common Procurement Vocabulary).
DEUC	Documento Europeo Único de Contratación.
Directiva 89/665/CEE	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.
Directiva 2004/18/CE	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.
Directiva 2009/81/CE	Directiva 2009/81/CE, 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.
Directiva 2014/23/UE	Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, 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, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
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.
FRER	Fondo de Restauración Ecológica y Resiliencia, F.C.P.J.
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado.
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales.
INGESA	Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
JCCPE	Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.
LCSP	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.
LCSPDS	Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.
LCTI	Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.
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.
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.
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.
NO SARA	Contrato no sujeto a regulación armonizada.
OARC	Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
OIRESCON	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.
ONE	Oficina Nacional de Evaluación.
PCAPS	Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.
PCSP	Plataforma de Contratación del Sector Público.



PERTE	Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica.
PMPP	Periodo Medio de Pago a Proveedores.
PPTSG	Pliegos de Prescripciones Técnicas Generales.
PPTS	Pliegos de Prescripciones Técnicas.
PRTR	Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
PYMES	Pequeñas y medianas Empresas.
Real Decreto 817/2009	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.
Real Decreto-ley 36/2020	Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
REMC	Recurso especial en materia de contratación.
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.
SARA	Contrato sujeto a regulación armonizada.
SEC10	Reglamento UE 549/2013, de 21 de mayo, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.
SEDEF	Secretario de Estado de Defensa.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
SSAN	Sentencias de la Audiencia Nacional.
SSTJUE	Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
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.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRAGSA	Empresa de Transformación Agraria, S. A., S. M. E., M.P.
TRAGSATEC	Tecnologías y Servicios Agrarios, S. A., S. M. E., M. P.
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.
TS	Tribunal Supremo.



TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.
UTE	Unión Temporal de Empresarios.
UTES	Uniones Temporales de Empresarios.



INTRODUCCIÓN

Se dice pronto, pero ya han pasado más de 25 años desde nuestros primeros trabajos sobre la entonces Contratación de las Administraciones Públicas, actual normativa de Contratos del Sector Público. A lo largo de estos años hemos sido testigos de la evolución del régimen jurídico de las Compras Públicas, no siempre, como se tendrá oportunidad de observar en la presente obra, con la unidad de doctrina y de criterio que sería deseable. Con sinceridad, hay que señalar que la razón última de que hayamos sido capaces de seguir «en la brecha» la tiene la propia institución contractual ya que es una materia «siempre viva y cambiante» y en la que los gestores públicos asumen el rol más exigente ya que quedan «expuestos al tráfico jurídico» (mercado, licitadores, adjudicatarios, contratistas, terceros...) como sin duda, a nuestro juicio, no se produce en ninguna otra área del Derecho Administrativo. En este sentido, como se contempla en la presente obra, el Legislador se encarga expresamente de recordar que las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentran sometidas a responsabilidad patrimonial y disciplinaria por las actuaciones en materia de contratación pública.

Por este motivo, en algunas obras anteriores nos habíamos manifestado en el sentido de reconocer la «orfandad conceptual» en la que, en la mayoría de las ocasiones, se encontraba el órgano de contratación y los diferentes



vocales de la mesa y de la junta de contratación. Por ello, llevamos empeñados desde 2008 en intentar acercarles las más novedosas interpretaciones procedentes de la Jurisprudencia y de la doctrina que viene aplicando los diferentes órganos competentes sobre la materia (en sede de resolución de recurso especial en materia de contratación o de informes no vinculantes), y en dar a conocer algunos aspectos que, en nuestra opinión (se formulan en la obra más de ciento cincuenta), presentan vías de interpretación que han de impulsar al gestor de Compras Públicas a plantear una estrategia contractual serena, mesurada y prudente o a desechar determinados planteamientos sobre los cuales no ha reflexionado suficientemente. Esta es la razón por la que la presente obra incluye en su título el matiz de «Enfoque científico-práctico».

Esta obra, «no es una obra doctrinal», en el sentido tradicional que se aplica, por ejemplo, en la elaboración de una tesis doctoral, sino que intenta acercar lo más posible, como ya se ha señalado, a cómo aplicar e interpretar cada uno de los asuntos que el gestor de las Compras Públicas debe asumir en la planificación de la fase interna del contrato o en las diferentes situaciones que se pueden plantear durante los efectos, cumplimiento o extinción de cada contrato.

En este punto, nos parece especialmente interesante recordar la frase atribuida a Séneca cuando decía que «No hay viento favorable para el que no sabe dónde va».

Por tanto, toca ahora explicar al lector cómo se ha tratado de buscar ese «viento favorable» en la presente obra. Para ello, es conveniente señalar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, no ha olvidarse, como se ha hecho mención en el Prólogo, que la Ley 9/2017 ha sido fruto de una transposición de las Directivas Comunitarias de 2014 precipitada y, por qué no decirlo, asistemática, aspecto que, con el paso del tiempo, muchas veces se pasa por alto. No parece lo más conveniente que un proyecto de ley, de una materia complicada y con tantos matices y con más de mil enmiendas, en lugar de volver



al Gobierno para que elaborara y aprobara un nuevo texto, finalmente sobre el texto inicial resulte aprobado en el seno de la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados.

En segundo lugar, se trata de una Ley cuyo desarrollo reglamentario ha sido escaso y que sigue aplicando, en lo que no se oponga a lo previsto en ella, el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2001 (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), pensado para desarrollar lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 (Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio), que, como se tendrá oportunidad de comentar en esta obra, produce disfunciones y muchas dudas interpretativas ya que, como es fácil deducir, se trataba de normas que transponían las llamadas Directivas Comunitarias de *Segunda Generación* (Directivas 92/50/CE, para contratos de servicios, 93/36/CE, para contratos de suministros, y 93/37/CE, para contrato de obras) y que en algunos aspectos poco o nada tenían que ver con lo previsto en las Directivas de *Tercera Generación* (Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE) y bastante menos con las vigentes de *Cuarta Generación* (Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE, y 2014/25/UE).

En tercer lugar, con carácter transitorio, existen dos regímenes jurídicos que, aunque comparten los aspectos troncales de la contratación pública, sin embargo, atienden a compromisos de gasto de diferente procedencia. Por un lado, los procedentes de los Presupuestos ordinarios de cada entidad y, por otro, los que van a ser financiados con el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (Reglamento 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021). Esta matización es tenida en cuenta convenientemente en esta obra.

Por último, hay que destacar la incidencia que ha tenido, cuando parecía que el Gobierno de Aragón había desistido del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 9/2017, la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, que ha declarado inconstitucionales algunos preceptos y ha señalado la manera de

interpretar otros para que no resulte vulnerado el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas previsto en la Constitución y en los respectivos Estatutos de Autonomía.

Realizadas las anteriores consideraciones, procede entrar a indicar al lector, de modo muy general dada la extensión de la obra, cuál ha sido la estrategia seguida para facilitar ese «viento favorable», del que se hablaba anteriormente, en la presente obra:

El enfoque general que se ha seguido es el mismo que el que se empleó en la obra anteriormente publicada por el *BOE* en 2018 (Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público) por dos motivos, por un lado, porque el «Índice» es prácticamente un «Tesauro» lo que facilita la búsqueda de las materias que interesan al lector, y, por otro, porque las siete partes en la que se divide la obra sigue la metodología prevista en la Ley 9/2017, lo que ha sido ponderado favorablemente por bastantes lectores que se han hecho con alguna de las más de las de sesenta y cinco mil descargas en la «Biblioteca Jurídica Digital», «Libros Jurídicos Electrónicos», del *BOE*.

La Primera Parte, sobre «Fundamentos de la Nueva Contratación Pública», es, a juicio de los autores de esta obra, la más trascendente de la obra por tres motivos:

Porque la doctrina de los tribunales y de los órganos competentes en la materia (en sede de resolución de recurso especial en materia de contratación o de informes no vinculantes) ponen de manifiesto que muchas patologías de los contratos públicos se dirimen, por su vocación de universalidad, a la vista del respeto de los principios rectores de la contratación pública que se recogen en el artículo 1 de la Ley 9/2017.

Porque emerge un nuevo concepto de *Contratación Pública Estratégica* que ha de ser respetado por los diferentes órganos de contratación, con independencia de que *de lege lata* la Ley 9/2017 solamente contemple expresamente la implementación de criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, como condiciones

especiales de ejecución del contrato a tenor de lo previsto en el artículo 202.1 párrafo segundo al disponer 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 de entre las que enumera el apartado siguiente».

Por último, porque, ya desde el principio de la obra, el lector debe conocer que los contratos cuyo compromiso de gasto vaya a ser financiado con el Instrumento de Recuperación, Transformación y Resiliencia se rigen por determinadas normas específicamente previstas para ello.

La Segunda Parte, sobre «Ámbito de aplicación objetivo», se insiste en las características que han de acompañar a la figura del contrato público para que resulte de aplicación el Derecho Comunitario de la Contratación Pública, analizando en este sentido, entre otras, dos cuestiones especialmente delicadas, por un lado, el tratamiento de las ofertas anormalmente bajas, y, por otro, la no aplicabilidad de la normativa de contratación pública, en general, en el supuesto de transferencia de competencias al amparo del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea.

La Tercera Parte, sobre «Metodología de la Ley», se abaliza el «modelo propio del concepto de Sector Público» respecto al previsto en las normas generales de Derecho administrativo que, desde la Ley 30/2007, se refiere, por un lado, al régimen jurídico presupuestario que distingue a efectos de rendición de cuentas y control interno entre los sectores públicos administrativo, fundacional y empresarial, y que, por otro, se combina con el concepto comunitario de «organismo de derecho público» que, en función del cumplimiento o no de sus tres características, finalmente dará lugar a que las entidades públicas deban contratar como Poder Adjudicador Administración Pública, como Poder Adjudicador No Administración Pública, o como No Poder Adjudicador, cada una con un ámbito de aplicación y unas peculiaridades muy específicas previstas en la Ley.

La Cuarta Parte, sobre «Negocios y contratos excluidos», complementa la Parte Segunda en cuanto que en la misma se analizan ciertos contratos que no se rigen por la Ley 9/2017 (contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad que se regulan en la Ley 24/2011), y algunas figuras jurídicas que poseen un régimen jurídico específico. Dentro de esta últimas, se dedica especial atención al encargo a medio propio pues su utilización, en detrimento de los principios de publicidad y concurrencia propios de la contratación pública, ha de contar con que el uso de dicha figura resulte más eficiente que la celebración de un contrato público.

La Quinta Parte, sobre «Aspectos troncales», analiza el régimen jurídico general que ha de ser respetado por cualquier entidad pública que celebre un contrato sujeto a la Ley 9/2017. Se refieren, aunque no solamente, a los requisitos de capacidad y aptitud para contratar, es decir, a la personalidad jurídica, a la solvencia o, en su caso, a la clasificación del contratista, y a la ausencia de prohibiciones para contratar. En esta obra se han incorporado aspectos muy interesantes como la responsabilidad subsidiaria de la entidad contratante por deudas tributarias previas del contratista, la subsanabilidad del Documento Europeo Único de Contratación, la siempre delicada acreditación de la solvencia con medios ajenos, o los sistemas de acreditación de la ausencia de prohibición para contratar.

En esta Parte mostramos nuestras reservas sobre la declaración de inconstitucionalidad del artículo 80.2 párrafo primero de la Ley 9/2017 efectuada por la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, sobre el ámbito de las declaraciones de clasificación emitidas por los diferentes órganos competentes de las Comunidades Autónomas. El tiempo, juez implacable, dará o quitará la razón a cuanto se plantea en esta obra.

Por último, destacaríamos la obligación de determinación y desglose del presupuesto base de licitación y del valor estimado del contrato que pesa sobre la entidad contratante, en especial cuando los costes salariales forman parte esencial del precio final del contrato.

La Sexta Parte, sobre «Normas aplicables a la contratación de un Poder Adjudicador Administración Pública», se ocupa de comentar las reglas y procedimientos que puedan ser empleados discrecionalmente por el órgano de contratación para diseñar una determinada estrategia contractual.

A tal fin, en relación con la Parte Segunda de esta obra, es objeto de atención especial el análisis del Anexo IV de la Ley 9/2017, sobre «Servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1 c), 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta», y la no siempre sencilla distinción entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, una vez que ha desaparecido el contrato de gestión de servicios públicos, así como su diferenciación de la figura de los contratos administrativos especiales.

Para una mejor comprensión de la metodología que cada entidad contratante pueda emplear, su estudio se estructura en torno a dos fases contractuales. Por un lado, la interna (preparación del contrato) a través de la cual la entidad contratante va perfilando su voluntad para contratar y que finaliza con la aprobación del expediente de contratación y, generalmente, del gasto, y la externa (adjudicación del contrato) que comienza normalmente con la publicación del anuncio de licitación y concluye con la formalización o adjudicación del contrato, en este caso únicamente para contratos basados en un acuerdo marco, para contratos específicos celebrados en base a un sistema dinámico de adquisición, o para la realización de contratos menores.

En la fase interna, entre otros muchos aspectos, resulta interesante el análisis de la figura de los «contratos reservados», y de los contratos menores que, a nuestro juicio, combinados con el sistema de anticipo de caja fija y con un sistema especial de publicidad y transparencia, pueden llegar a representar riesgos para la salvaguarda de los principios rectores de la contratación pública que se recogen en el artículo 1 de la Ley 9/2017.

Dentro de la fase externa, se resalta, en aras del citado afán de buscar ese «viento favorable» para la contratación pública, la problemática derivada de la apreciación de indicios de prácticas colusorias entre diversos licitadores a

la hora de proceder a la clasificación de las ofertas de acuerdo con los criterios de adjudicación recogidos en los pliegos, y de la procedencia o no a llevar a cabo un trámite de subsanación cuando se observa que el licitador que ha hecho la mejor oferta no justifica debidamente los extremos que ha procedido a incluir en el Documento Europeo Único de Contratación.

Por último, en la Séptima Parte, sobre «Régimen de recursos», se cierra el principio de seguridad jurídica con el análisis del «Sistema Dual» de impugnación en vía administrativa de los actos administrativos dictados en el seno del procedimiento contractual, y de la vía de impugnación en vía jurisdiccional. En este último aspecto, que es efecto del principio de tutela judicial efectiva, se analiza, entre otros muchos aspectos, la «Teoría de los actos jurídicos separables» que se aplica expresamente en la Ley 9/2017.

Para acabar, solamente desear ardientemente que esta obra sea de utilidad a cuantos se relacionan con la contratación pública sujeta a la Ley 9/2017 de modo que, parafraseando de nuevo a Séneca, no se haga realidad este axioma: «Cuando se está en medio de las adversidades, ya es tarde para ser cauto».

Madrid, 1 de septiembre de 2022.

Primera Parte

FUNDAMENTOS DE LA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las primeras palabras de esta obra son las que van a expresar, desde un principio, que el Derecho Comunitario de la Contratación Pública, que ha originado y originará las sucesivas reformas legislativas nacionales, es un «Derecho de Mínimis», es decir, un Derecho que, en general, no se opone, en modo alguno, a que los Estados miembros establezcan una regulación interna más rígida que la prevista en las Directivas Comunitarias y, consecuentemente, más garantista de los principios de publicidad, igualdad y transparencia en los que se asienta la Contratación Pública. A lo largo de esta obra, se tendrá oportunidad de matizar, en su caso, la programación generalista que acaba de realizarse.

Desde la publicación en 2018 de nuestra obra *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, pueden señalarse, a juicio de los autores de esta obra, dos grandes líneas de preocupación (1). Una, por parte del Legislador, que

(1) En nuestra anterior obra que acaba de ser citada, señalábamos, ahora sí se puede decir que con bastante optimismo, que «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». Pocos pasos se han dado normativamente para apuntalar el principio de seguridad jurídica, y no solo esto sino que el paroxismo de ello se produjo con la reforma operada en

se ha visto obligado a modificar algunos preceptos con la finalidad de propiciar, al menos eso cree él, que la Contratación Pública pueda adaptarse a las exigencias demandantes que impone la filosofía que inspira la gestión y control de los fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación (*Next Generation EU*) y, otra, que representa, desde la entrada en vigor de la propia 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 (en lo sucesivo, LCSP), un constante reto en relación con la incorporación de elementos medioambientales y sociales a los procedimientos de contratación, bien como requisitos de admisión (capacidad y aptitud para contratar), como criterios de selección o adjudicación o como condiciones especiales de ejecución del contrato (2), es decir, lo

la LCSP por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, en la que se aborda la insólita tarea de modificar los apartados d) y f) del artículo 159.4 para, nada menos, que sustituir la referencia numérica de unos plazos por su expresión gramatical. Este calado de la reforma, que gracias a Dios no se suele ver en solitario, tiene la peculiaridad poco edificante de que en la LCSP se mantienen las expresiones numéricas nada menos que en los siguientes artículos: 63; 73.2; 119.2 b) 5.º; 134; 138.3; 151.1; 154.3 y 4; 159.4 f) 4.º; 159.6; 275.2; y 332.2. No resulta precisamente una modificación que anime a confiar en el rigor a la hora de entrar a regular una materia tan delicada, importante y complicada como la Contratación Pública.

(2) Véase, como muestra de la problemática que se indica, la Orden PCM/735/2021, de 9 de julio, por la que se aprueba la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas (BOE número 166, de 13 de julio, con entrada en vigor a partir del 14 de julio de 2021), tiene por objeto cumplir el mandato legal contenido en el artículo 15 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, estableciendo, por lo que a la LCSP compete, en el apartado 9.7, dentro de la Meta Estratégica 6 «Incorporar de forma efectiva la Infraestructura Verde, la mejora de la conectividad ecológica y la restauración ecológica en las políticas sectoriales, especialmente en cuanto a la ordenación territorial y la ordenación del espacio marítimo y la evaluación ambiental», Línea de actuación 6.11 «Integrar la Infraestructura Verde en todas las fases del procedimiento de Evaluación Ambiental de planes, programas y proyectos», Punto 5 lo siguiente:

«Integrar en los pliegos de prescripciones técnicas particulares de las licitaciones del sector público referidas a actividades que puedan modificar el territorio y que estén sometidas a Evaluación Ambiental, la obligación de incluir en el inventario ambiental, tanto el análisis de la IV como los procesos e interacciones ecológicas o ambientales clave, principalmente aquellas relacionadas con la conectividad y con los servicios de los ecosistemas. En el caso de que la actividad no se contemplara en los supuestos anteriores, y tampoco puedan afectar de forma directa o indirecta a elementos de la Red Natura 2000, se sugiere que se incluya una cláusula ambiental al amparo del apartado 2 del Artículo 202 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden), donde se mencione expresamente que se deberá realizar un análisis de la Infraestructura Verde, así como de los procesos e interacciones



que se conoce impropriadamente como «Contratación Pública Estratégica» (en lo sucesivo, CPE), toda vez que este concepto posee un contenido más amplio.

Sobre este último asunto, es preciso señalar que, a pesar de que el artículo 1.3 de la LCSP dispone que «se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales 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», sin embargo, solamente el artículo 202.1 párrafo segundo de la LCSP maneja los mismos términos imperativos en los que se expresa el citado artículo 1.3, al señalar, respecto a las condiciones especiales de ejecución del contrato, 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 de entre las que enumera el apartado siguiente».

En relación con lo previsto en el artículo 1.3 de la LCSP, es interesante tener presente los diferentes dictámenes aprobados por el Comité Económico y Social Europeo, en los que insiste en que, para que el mercado único sea accesible y utilizable en igualdad de condiciones para todas las personas, deben aprobarse normas comunes en materia de Contratación Pública con criterios de adquisición coherentes en toda la UE para una contratación ecológica y socialmente integradora (3).

Además de las líneas de preocupación señaladas, es preciso advertir que, lamentablemente, no se ha avanzado lo que cabría esperar respecto al desarrollo reglamentario de la LCSP y ello, a juicio de los autores de esta obra, ha ocasionado una merma del principio de seguridad jurídica y que, ante dicha carencia, se haya tenido que ir construyendo un entramado jurídico que no siempre es coincidente,

ecológicas o ambientales clave, proponiendo las medidas necesarias para su mantenimiento o la mitigación de los efectos negativos basadas en la metodología de la restauración ecológica».

(3) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 10 de junio de 2020, sobre «Un mercado único para todos»: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 10 de junio de 2020, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Plan de Inversiones para una Europa Sostenible y Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo (en ella, por un lado, respalda el enfoque consolidado, que considera la Contratación Pública ecológica como incentivo a la inversión y la financiación públicas y privadas a tener en cuenta en la próxima revisión de la Directiva relativa a la divulgación de información no financiera, y, por otro, apuesta por la Contratación Pública socialmente responsable como base de la transición ecológica por parte de las administraciones, y de la lucha contra la corrupción, incluida la promoción de prácticas responsables a través de los proveedores de servicios: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 10 de junio de 2020, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones en relación con el Programa de trabajo anual de la Unión sobre normalización europea para 2020, en la que pide que los criterios ambientales mínimos pasen a ser normas obligatorias para los contratos públicos y que se incluya el uso de materias primas secundarias entre los criterios que deben favorecerse.

como por otro lado es perfectamente lógico, entre los diferentes órganos que tiene atribuidas las competencias de asesoramiento y de control respecto de la normativa sobre Contratación Pública.

Por último, hay que indicar que, íntimamente unido a lo anterior, se encuentra el enfoque programático que se plasma en el Preámbulo y en el artículo 1 de la LCSP.

En referencia a este planteamiento previo, a continuación, se van a hacer una serie de reflexiones que se recogen en los siguientes epígrafes.

2. PRINCIPIOS RECTORES

A. Introducción

Ya en 2017 (4), en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre conseguir que la Contratación Pública funcione en Europa y para Europa, se apuntaba, como una de las seis líneas de su Estrategia en materia de Contratación Pública, «el aumento de la transparencia, integridad y mejores datos». En la misma Comunicación se señalaba que debían facilitarse datos mejores y más accesibles en materia de contratación, «ya que ello abre un amplio abanico de oportunidades para evaluar mejor el rendimiento de las políticas relativas a la contratación, optimizar la interacción entre los sistemas de contratación pública y conformar las decisiones estratégicas futuras. Los sistemas de contratación electrónicos deben producir datos de buena calidad, pero es aun más importante que los responsables políticos deban utilizar estos datos y compartirlos con otras partes interesadas» (5).

Por su parte, en el artículo 1.1 de la LCSP se establece que la misma tiene por objeto regular la contratación del Sector Público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los siguientes principios:

- Principio de libertad de acceso a las licitaciones.
- Principio de publicidad y transparencia de los procedimientos.
- Principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (6).

(4) Estrasburgo, 3 de octubre de 2017, COM(2017) 572 final.

(5) Véase el Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020, emitido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en lo sucesivo, JCCPE), a tenor de lo previsto en el artículo 328.4 de la LCSP.

(6) El TJCE ha desarrollado que los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a su

Respecto de este principio, resulta muy interesante analizar lo señalado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 2 de mayo de 2019 que, en el análisis de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano en relación con la exclusión de un licitador porque no indicó por separado los costes de mano de obra en su oferta económica, recuerda su doctrina en la que es fundamental distinguir, por un lado, si dicha exclusión estaba específicamente en la normativa nacional aplicable, y, por otro, si de la documentación contractual se derivaba una imposibilidad manifiesta para que los licitadores pudieran presentar la justificación requerida.

A la vista de dichas premisas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) recordó las líneas básicas que articulan su doctrina sobre el principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores:

- No se opone al citado principio ni a la obligación de transparencia, la exclusión, en tales condiciones, de un operador económico del procedimiento de adjudicación de un contrato público (7).

En consecuencia, *a sensu contrario*, dichos principios se ven vulnerados cuando se produce la exclusión de un operador económico de un procedimiento de adjudicación de un contrato público en función de una interpretación de la documentación contractual o de la ley vigente nacional o de la integración, por parte de las autoridades o de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa nacionales, del contenido preceptivo de dichos documentos (8).

A raíz de este razonamiento, el Tribunal recuerda que, en el supuesto de que las obligaciones se impusiesen claramente en los documentos relativos a la

jurisprudencia [Asuntos C-324/98 *Telaustria* (2000) REC I-10745, considerando 62, C-231/03 *Coname*, STJUE de 21 de julio de 2005, considerandos 16 a 19 y C-458/03 *Parking Brixen*, STJUE de 13 de octubre de 2005, considerando 49], «consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación».

(7) En esta cuestión prejudicial, se indica que este extremo se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 95, apartado 10, en relación con lo dispuesto en el artículo 83, apartado 9 del Código de Contratación Pública Italiano, en relación con lo dispuesto en el artículo 83, apartado 9, en virtud del cual, a tenor de lo previsto en el artículo 56, apartado 3, de la Directiva 2014/24/UE, el legislador italiano decidió excluir del procedimiento de subsanación de defectos de tramitación, en particular, el supuesto de que la información que faltase tuviera por objeto los costes de mano de obra.

(8) STJUE 2 de junio de 2016, *Pizzo*, C-27/15, apartado 51, y Auto de 10 de noviembre de 2016, *Spinosa Costruzioni Generali y Melfi*, C-162/16, no publicado, apartado 32.

licitación so pena de exclusión, el poder adjudicador no puede admitir ninguna rectificación del incumplimiento de dichas obligaciones (9).

- Por el contrario, sí se oponen al mencionado principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores el supuesto en el que, a pesar de estar dispuesta la exclusión en una norma nacional o en la documentación contractual, sin embargo, exista un formulario preestablecido, que deban utilizar forzosamente los licitadores, en el que no se les permita materialmente indicar por separado un determinado extremo, o en el que en el pliego se indique que no puedan presentar ningún documento que no se hubiese solicitado específicamente por la entidad adjudicadora. En estos casos, corresponderá al tribunal nacional valorar si dicha documentación creaba confusión en los licitadores. En caso afirmativo, habida cuenta de los principios de seguridad jurídica, de transparencia y de proporcionalidad, cabe concluir que la entidad adjudicadora debe conceder la posibilidad de regularizar la situación de los licitadores prevista en la normativa nacional concediendo un plazo suficiente para cumplimentar dicho extremo (10).

– Principio de integridad.

Persigue que, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, se asegure una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios, mediante la exigencia acumulativa de la definición previa de las necesidades a satisfacer, de la salvaguarda de la libre competencia y de la selección de la mejor oferta.

Este principio, recogido por vez primera en el artículo 1.1 de la LCSP y «dirigido a asegurar en cada fase del proceso de contratación pública el respeto de los principios cardinales en la adjudicación contractual, esto es la igualdad de trato, la objetividad y la no discriminación» (11), trae causa de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en lo sucesivo, Directiva 2014/24/UE), se manifiesta en los sistemas de control que la propia LCSP establece en su articulado

(9) Véanse, por analogía, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, SSTJUE) de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, C 42/13, apartados 46 y 48; de 2 de junio de 2016, *Pizzo*, C 27/15, apartado 49, y de 10 de noviembre de 2016, *Ciclat*, C 199/15, apartado 30).

(10) Véanse la STJUE de 2 de junio de 2016, *Pizzo*, C 27/15, apartado 51, y el Auto de 10 de noviembre de 2016, *Spinosa Costruzioni Generali y Melfi*, C 162/16, no publicado, apartado 32).

(11) Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en lo sucesivo, TACRC) número 798/2018, de 14 de septiembre.

(por ejemplo, en el caso de las modificaciones contractuales), y se encuentra estrechamente ligado a los citados principios de libertad de acceso a las licitaciones, de publicidad y transparencia de los procedimientos, y de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

De este modo, para garantizar el principio de integridad en la contratación, el artículo 64.1 de la LCSP dispone que «Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores» (12).

B. Su consideración en el trámite de subsanación de defectos

Aunque será un asunto que cumplidamente se tratará de analizar en otras partes de esta obra, es preciso, a juicio de los autores de esta obra, manifestar la directa relación entre los principios rectores de la Contratación Pública y la posibilidad de subsanar determinados extremos que pueden afectar a los licitadores respecto a los requisitos de admisión (capacidad y aptitud para contratar) (13), a los criterios de selección o adjudicación o a las condiciones especiales de ejecución del contrato.

En relación con dicha cuestión, puede afirmarse, en general, que dicha posibilidad de subsanación debe siempre venir presidida por la realización de una debida ponderación de los principios que se recogen en el artículo 1 de la LCSP. De este modo, resulta obligada una interpretación presidida por el principio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida por el trámite correspondiente y la entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que, en principio, debe contemplar, al menos en el plano teórico, la posibilidad de subsa-

(12) En relación con este tema, véase la declaración institucional acordada por la Red de Oficinas y Agencias Antifraude. Declaración institucional en la reunión del VIII Encuentro de la Red de Oficinas y Agencias Antifraude celebrada los días 28 y 29 de septiembre de 2021 en Alicante en el seno del VI Congreso Internacional de Transparencia.

(13) En este aspecto, es paradigmático el caso de los defectos en la documentación que sustente el Documento Europeo Único en materia de Contratación (en lo sucesivo, DEUC), al amparo del artículo 140 de la LCSP en relación con el artículo 81.2 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) y 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.

nar siempre que sea posible. Por ello, la mesa de contratación deberá garantizar el cumplimiento, no solo de las normas, sino también de los principios que rigen la Contratación Pública, singularmente los de igualdad, no discriminación y libre concurrencia, así como interpretar los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en lo sucesivo, PCAPS) de modo que esos principios tengan realización efectiva, ajustando, si así fuere necesario, la interpretación de sus cláusulas a la referida doctrina (14).

En ese sentido, muy sintéticamente, cabe afirmar que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción de los citados principios rectores de la Contratación Pública, con respeto, en todo caso, de la regla general de que puede subsanarse lo que existía en el momento de su acreditación pero no se ha aportado (15), y que, en relación con los defectos formales, debe respetarse la doctrina relativa a los requisitos procesales (16).

C. Vocación de universalidad

Respecto a dichos principios rectores y a su progresiva implementación en la Contratación Pública de cada Estado miembro de la Unión Europea, resulta especialmente interesante analizar la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (17).

En ella recuerda que, a pesar de que las Directivas Comunitarias no resultan aplicables a todos los contratos públicos sino solamente a aquellos que superan los umbrales comunitarios establecidos al efecto (contratos sujetos a regulación armonizada, en lo sucesivo contratos SARA) (18), sin embargo, los contratos

(14) Resolución del TACRC número 575/2021, de 14 de mayo.

(15) Resoluciones del TACRC números 267/2014, 796/2014, y 976/2015.

(16) Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, SSTs) números 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997.

(17) 2006/c-179/02.

(18) Disposición adicional undécima de la LCSP sobre «Actualización de cifras fijadas por la Unión Europea» que dispone que «Las cifras que, en lo sucesivo, se fijen por la Comisión Europea sustituirán a las que figuran en el texto de esta Ley. El Ministerio de Hacienda y Función Pública adoptará las medidas pertinentes para asegurar su publicidad». Actualmente, hasta el 31 de diciembre de 2023, rigen los umbrales recogidos en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre).

no sujetos a las mismas, es decir, los no sujetos a regulación armonizada (en lo sucesivo, contratos NO SARA), presentan las siguientes características:

- Ofrecen importantes oportunidades a las empresas que operan en el mercado interior, en especial a las pequeñas y medianas empresas (en lo sucesivo, PYMES) y a las empresas de nueva creación.
- Los métodos de contratación abierta y competitiva ayudan a las Administraciones públicas a atraer a una gama más amplia de posibles licitadores y a obtener beneficios gracias a ofertas más ventajosas.
- La salvaguarda del uso más eficiente posible de los fondos públicos revisite especial importancia, dados los problemas presupuestarios que registran muchos Estados miembros.
- La transparencia en la adjudicación ha demostrado ser una garantía frente a la corrupción y el favoritismo. En este aspecto, aunque estos contratos pueden haberse venido adjudicando de modo directo creando un «clientelismo» nada deseable, sin embargo, la jurisprudencia del TJUE ha corroborado que las disposiciones sobre el mercado interior que establece el Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, TUE) se aplican también a los contratos NO SARA, es decir, a los no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre Contratación Pública.

En todo caso, es preciso puntualizarlo convenientemente, corresponderá a la entidad adjudicadora decidir, a la vista de las circunstancias específicas de cada contrato, tales como el objeto, su cuantía o las características particulares del sector, si la adjudicación del contrato prevista encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados miembros, en cuyo caso deberá adjudicarlo con arreglo a las normas básicas que se derivan del Derecho Comunitario.

Ante esta situación, se hace necesario analizar en cada contrato, en el que existiera potencial interés de los licitadores de otros Estados miembros, la aplicación de los principios básicos que se derivan de la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, aunque la Sentencia del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, STS) de 28 de septiembre de 2020 recuerda que, para que pueda hablarse del efecto directo de la aplicación de una Directiva Comunitaria, es necesario que el contrato en cuestión supere el correspondiente umbral comunitario, siguiendo para ello la doctrina fijada en la STJUE de 10 de julio de 2014 (19), sin embargo, la Comisión propone en la Comunicación citada y, con independencia de que evidentemente la interpretación del Derecho comunitario corresponde en última instancia al TJUE, los

(19) *Consorzio Stabile*, asunto 358/2012 respecto a la Directiva 2004/18/CE, derogada, con efectos del 18 de abril de 2016, por el artículo 91 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento

siguientes vectores considerando su observancia la mejor práctica para ayudar a los Estados miembros a obtener el máximo beneficio del mercado interior:

– Vector Primero: Publicidad de los procedimientos:

Comprende tres esferas; la primera, consistente en garantizar una publicidad adecuada (20) por medio del impulso por parte de la entidad adjudicadora de un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato; la segunda, relativa a las formas de publicidad a emplear que variarán en función de la importancia del contrato para el mercado interior, habida cuenta, en particular, de su objeto, su cuantía y las prácticas habituales en el sector (21);

Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en la que señala lo siguiente:

«24. En primer lugar, debe recordarse que la aplicación de la citada Directiva a un contrato público está supeditada al requisito de que el valor estimado de este alcance el umbral pertinente fijado en el artículo 7, letra b), de dicha Directiva. En caso contrario, resultan de aplicación las normas fundamentales y los principios generales del Tratado, siempre que el contrato de que se trate presente un interés transfronterizo cierto habida cuenta, en particular, de su envergadura y del lugar de ejecución (véase, en ese sentido, en particular, la sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* y otros, C-159/11, EU: C:2012:817, apartado 23 y jurisprudencia citada). Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si existe dicho interés (véase, en ese sentido, la sentencia *Belgacom*, C-221/12, EU: C:2013:736, apartado 30 y jurisprudencia citada)».

(20) En esta esfera, la Comisión considera que las siguientes prácticas no pueden considerarse adecuadas desde el punto de vista de los principios de igualdad de trato y de no discriminación:

- Ponerse en contacto con varios licitadores potenciales, incluso aunque la entidad adjudicadora incluya empresas de otros Estados miembros o intente ponerse en contacto con todos los posibles proveedores.
- Lo mismo ocurre con todas las formas de publicidad «pasiva», en las que una entidad adjudicadora no realiza publicidad activa, pero contesta a las peticiones de información de los interesados que han descubierto por sus propios medios la adjudicación de un contrato.
- Una simple referencia a información, por ejemplo, en los medios de comunicación, en debates parlamentarios o políticos o en eventos como congresos, tampoco constituiría una publicidad adecuada.

(21) Como formas de publicidad adecuadas y utilizadas frecuentemente, cabe citar:

- Internet: La amplia disponibilidad y facilidad de uso de Internet permiten un mejor acceso a los anuncios de contratos cuando se efectúan a través de sitios web, especialmente en el caso de empresas de otros Estados miembros y PYMES interesadas en contratos de escasa cuantía. A este respecto, se considera una buena práctica la creación de una «plataforma específica para contratos de escasa cuantía», dotada de un directorio de anuncios de contratos y de la posibilidad de suscribirse por correo-e, pues permite aprovechar al máximo las posibilidades que ofrece Internet con el fin de aumentar la transparencia y la eficiencia (Véase, por ejemplo, el portal dedicado a contratos de escasa cuantía recientemente creado en el Reino Unido, www.supply2.gov.uk).



y, la tercera y última, atinente al contenido que ha de tener esa publicidad de los contratos, de modo que el requisito de transparencia no implica necesariamente la obligación de una convocatoria formal de licitación, sino que precisa de la comunicación de los detalles esenciales del contrato que debe adjudicarse y del método de adjudicación, junto con una invitación a ponerse en contacto con la entidad adjudicadora, que, en ocasiones, podrá complementarse con información adicional disponible en Internet o previa petición a la autoridad adjudicadora.

- Vector Segundo: Garantía de un procedimiento equitativo e imparcial como corolario necesario a la obligación de garantizar una publicidad transparente.

De ello se deduce que la adjudicación de un contrato deberá respetar las normas y los principios comunitarios para garantizar condiciones de competencia equitativas al conjunto de los operadores económicos interesados en ese contrato. En la práctica, la mejor manera de conseguirlo será mediante una descripción no discriminatoria del objeto del contrato (22), la garantía de la igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros (23), el reconocimiento, en virtud del principio de reconocimiento

-
- Boletines Oficiales nacionales, boletines nacionales especializados en la publicación de anuncios de contratos públicos, diarios de cobertura nacional o regional o publicaciones especializadas.
 - Publicaciones locales: Las entidades adjudicadoras podrán seguir recurriendo a publicaciones locales, como diarios locales, boletines de información municipales, o incluso tableros de anuncios. Estos soportes solo garantizan una difusión estrictamente local, pero pueden ser adecuados en determinados casos como, por ejemplo, cuando se trata de contratos de muy escasa cuantía, únicamente destinados al mercado local.
 - Diario Oficial de la Unión Europea (en lo sucesivo, DOUE) /TED (*Tenders Electronic Daily*: diario electrónico de licitaciones): La publicación es obligatoria cuando el valor de los contratos supera el umbral comunitario, si bien puede resultar una opción interesante, especialmente en contratos de escasa/media cuantía.

(22) En todo caso, es preferible utilizar descripciones más generales en lo relativo a la ejecución o las funciones, salvo que en la descripción de las características que se exigen de un producto o servicio no quede más remedio que describirlo por referencia a una fabricación o procedencia determinadas, en cuyo caso la descripción deberá de ir acompañada de la expresión «o equivalente» (Véanse el asunto *Bent Moustén Vestergaard*, considerandos 21 a 24 y la Comunicación interpretativa de la Comisión «Simplificación del acceso de productos al mercado de otro Estado miembro», DO C-265 de 4 de noviembre de 2003).

(23) Las entidades adjudicadoras no deberán imponer ninguna condición que suponga una discriminación directa o indirecta frente a los licitadores potenciales de otros Estados miembros, como la obligación de que las empresas interesadas en el contrato estén establecidas en el territorio del mismo Estado miembro o de la misma región que la entidad adjudicadora. No obstante, puede exigirse al adjudicatario que implante una cierta infraestructura en el lugar de ejecución, si las circunstancias específicas del contrato así lo justifican. Ello no impedirá que

mutuo, de los títulos, certificados u otros diplomas procedentes de otros Estados miembros y que ofrezcan garantías equivalentes, la implementación de plazos adecuados para que las empresas de otros Estados miembros puedan proceder a realizar una evaluación adecuada y a formular su oferta, y, por último, el conocimiento previo de las normas aplicables y la certeza de que estas normas se aplicarán de igual forma a todos los operadores.

- Vector Tercero: Implementación de un sistema de recursos, que permita garantizar adecuadamente el respeto de las normas fundamentales para una adjudicación equitativa y transparente.

En este caso, en los contratos sujetos a las Directivas de Recursos (24), deberá aplicarse lo previsto al efecto, así como la jurisprudencia pertinente, mientras que, en el resto de los contratos, la Comisión entiende que se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE (25), las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario, a cuyo efecto los Estados miembros deberán establecer un régimen de recursos que no podrán resultar menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia) (26), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia) (27).

las entidades adjudicadoras puedan limitar el número de candidatos a un nivel adecuado, a condición de hacerlo de manera transparente y no discriminatoria (por ejemplo, mediante la exigencia de una determinada experiencia), o mediante el uso de «sistemas de cualificación», es decir, de una lista de operadores cualificados por medio de un procedimiento transparente y abierto, que habrá sido anunciado adecuadamente (sería el caso, por ejemplo, de un Acuerdo Marco como figura de Racionalización Técnica de la Contratación).

(24) Directiva 89/665/CE 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, y Directiva 92/13/CE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

(25) Véase el asunto C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores* (2002) RTJ I-6677, considerando 39, y el asunto 222/86 *Heylens* (1987) RTJ 4097, considerando 14.

(26) Sobre este particular, se tratará en esta obra cuando se analicen las vías de recurso y la naturaleza dual del sistema español que, al igual que el alemán, opta por la interposición del recurso especial en materia de contratación solamente respecto de determinados valores estimados establecidos en el artículo 44.1 de la LCSP.

(27) Véanse los asuntos C-46/93 y C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* (1996) REC I-1029, considerando 83, y C-327/00 *Santex* (2003) REC I-1877, considerando 55.



3. LA «CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA»

A. Concepto

De lo señalado con anterioridad a propósito del artículo 1.3 de la LCSP, respecto a la introducción de criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, se ha acuñado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en lo sucesivo, JCCPE) el ya citado concepto de CPE.

A juicio de los autores de esta obra, dentro del mencionado concepto existen dos contenidos. Uno, «amplio», en virtud del cual, sobre la base de que la Contratación Pública es una materia eminentemente multidisciplinar, todo contrato público requiere la fijación de su estrategia contractual de modo que la necesidad pública que se externaliza pueda ser satisfecha, no solamente con pleno respeto al principio de legalidad, sino con las mayores cotas de eficiencia en el empleo de los fondos públicos. Dentro de este, existe un concepto «estricto» en el que la JCCPE (28) engloba los contratos en los cuales se introducen algunos de los siguientes aspectos como criterios de admisión (capacidad y aptitud para contratar), como criterios de selección o adjudicación, o como condiciones especiales de ejecución del contrato:

- De «tipo ecológico» o «socialmente responsable» (29), por medio de los cuales, o bien se aplica la reserva de determinados contratos a favor de talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas, o bien se prevé la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo

(28) Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020, emitido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a tenor de lo previsto en el artículo 328.4 de la LCSP.

(29) Véase el documento titulado «Adquisiciones sociales, Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas», de 18 de junio de 2021, 2.ª edición (DOUE 2021/C 237/01), que tiene por objeto concienciar a los compradores públicos de los posibles beneficios de la «contratación pública socialmente responsable» (CPSR) y explicar de manera práctica las oportunidades que ofrece el marco jurídico de la UE. La presente guía contiene múltiples ejemplos que se sirven de distintas estrategias y obtienen resultados reales, los cuales pueden tomarse como fuente de inspiración. Puede consultar más ejemplos de buenas prácticas de la UE y terceros países en:

https://ec.europa.eu/growth/content/making-socially-responsible-public-procurement-work-71-good-practice-cases_es

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3498035f-5137-11ea-aece-01aa75ed71a1>

https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers_es

protegido, a condición de que, al menos el 30 por ciento de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas, sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos (artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE) (30), o bien se tienen en cuenta una o varias consideraciones de orden social para promover objetivos sociales, tales como las oportunidades de empleo, las condiciones de trabajo dignas y el cumplimiento de los derechos sociales y laborales, la inclusión social, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, y la Contratación Pública de Innovación.

- De «tipo social», en virtud de los cuales se introducen una o varias condiciones especiales de ejecución en el contrato, al amparo del artículo 202 de la LCSP(31).

Por su parte, el Informe de la Comisión Europea de 20 de mayo de 2021, sobre aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de Contrata-

(30) Sobre este particular, resulta muy interesante el análisis de la disposición adicional cuarta de la LCSP, que se analizará en esta obra a propósito de los llamados «Contratos Reservados» y que son reflejo de la transposición del artículo 20 del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE.

(31) Dentro de este tipo de aspecto se encuentran incluidos los criterios de carácter «ético» mencionados como posibles condiciones especiales de ejecución en el artículo 202 de la LCSP que, sin embargo, no ha sido desarrollada ni legal ni reglamentariamente (por ejemplo, la obligación de denunciar las situaciones irregulares que se puedan presentar en los procesos de Contratación Pública o durante la ejecución de los contratos (como abstenerse de realizar comportamientos colusorios o de competencia fraudulenta como ofertas de resguardo, eliminación de ofertas, asignación de mercados, o rotación de ofertas), la introducción de la obligación de poner en conocimiento del órgano de contratación el conflicto de interés que pueda surgir durante la ejecución del contrato a tenor del artículo 64 de la LCSP, el establecimiento de criterios relacionados con la perspectiva de género (como la implantación de las correspondientes garantías para aplicar criterios igualitarios de retribución de mujeres y hombres, así como la adecuada valoración de puestos de trabajo teniendo en cuenta la perspectiva de género), o relacionados con la política de comunicación del contratista que exceda de la perspectiva de género y que afectan a otros ámbitos o colectivos (como evitar cualquier tipo de discriminación por razón de orientación y/o identidad sexual, origen, edad, creencias, u otras condiciones o circunstancias personales o sociales). A estos efectos, cabe mencionar que existen ya algunas iniciativas tales como la elaboración de guías para la inclusión de cláusulas de carácter ético por distintas Administraciones, con el objetivo de promocionar el comercio justo, la lucha contra la corrupción y el fraude fiscal, como la elaborada por el Decreto de 18 de julio de 2016, del delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, por el que se aprueba la Instrucción 2/2016 sobre la incorporación de cláusulas éticas de comercio justo en contratos, concesiones y autorizaciones en el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del Sector Público municipal o la Guía Práctica para la inclusión de Cláusulas de Responsabilidad Social y Medioambiental en la contratación administrativa de la Administración del Principado de Asturias y su sector público.

ción Pública en el mercado interior (32), que es reflejo de las aportaciones realizadas por los Estados miembros durante el ejercicio 2017 de información y supervisión en virtud de los artículos 83 y 85 de la Directiva 2014/24/UE, del artículo 45 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en lo sucesivo, Directiva 2014/23/UE), relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y de los artículos 99 y 101 de la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, destacó, en su apartado 2.5, dentro de la CPE tres contenidos al señalar que «comprende la contratación ecológica, la contratación socialmente responsable y la contratación de innovación y tiene por objeto aumentar el valor añadido y la repercusión del procedimiento y del gasto público, contribuyendo así al cumplimiento efectivo de los objetivos de las políticas económica, social y medioambiental a escala local, regional, nacional y de la UE, así como a una recuperación integradora, al tiempo que promueve la doble transición y refuerza la resiliencia social». Dichos contenidos constituyen el concepto de la CPE (33), entendida como un proceso por el cual las autoridades públicas

(32) COM(2021) 245 final.

(33) El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones-Oleada de renovación para Europa: ecológizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas» (DOUE C-155/73, de 30 de abril de 2021): La Comisión Europea aprobó la propuesta de estrategia titulada «Oleada de renovación para Europa: ecológizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas» (viviendas privadas y sociales, edificios públicos y de uso profesional), y el Comité Económico y Social Europeo la acoge favorablemente, como una necesidad absoluta e indispensable para la UE y sus ciudadanos, y la apoya e impulsa por medio de las siguientes reflexiones y propuestas:

1. Con un 40 por ciento del consumo total de energía de la Unión, las viviendas y demás edificios deben someterse a una oleada de renovaciones.
2. Ello se enmarca en un enfoque global de inversión a largo plazo orientado al interés general, el desarrollo sostenible, la protección de la salud (incluido el tratamiento del amianto durante los trabajos), la transición ecológica y la aplicación efectiva del pilar europeo de derechos sociales en materia de vivienda sostenible y asequible.
3. Supone un enfoque beneficioso para el clima, para la recuperación –a través de los puestos de trabajo locales que puede generar– y, por último, tanto para la lucha contra la pandemia y la pobreza energética como para la promoción de viviendas asequibles para todos, incluidas las personas vulnerables.
4. La estrategia se proyecta hacia 2050 requiere un marco jurídico y financiero estable (aplicación de un fondo europeo de inversiones específico, planes de inversión plurianuales y un nuevo «semestre verde»), y un marco jurídico específico y adaptado en materia, por ejemplo, de Contratación Pública.
5. Pide a la Comisión que establezca incentivos para el desarrollo, a nivel local, de sectores para la industrialización de los procesos de renovación térmica y su masificación, y que ins-



tratan de adquirir mercancías, servicios y obras con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de mercancías, servicios y obras con la misma función primaria que estaban siendo adquiridas siguiendo un esquema tradicional (34).

En definitiva, la CPE impulsa la utilización del poder de compra pública para favorecer la consecución de objetivos propios de otras políticas públicas, la innovación y el desarrollo o la defensa de la competencia, y todo ello debido a su carácter transversal y el gran volumen de recursos que moviliza. De este modo, se constituye como una nueva forma de llevar a cabo la compra pública, más allá de la función tradicional de la contratación de dar satisfacción a las necesidades

taure asimismo un nuevo «Erasmus para la renovación térmica 2050», con el fin de atraer a los jóvenes europeos a estos nuevos puestos de trabajo con futuro.

6. Anima a poner en marcha servicios públicos de diagnóstico, asistencia técnica y asesoramiento, en particular para los hogares, a fin de evitar cualquier práctica abusiva de captación y fraude contra los mecanismos de apoyo a la renovación térmica.

El Dictamen del Comité Europeo de las Regiones de 19 de marzo de 2021 (DOUE C 175/23, de 7 de mayo de 2021), por el que reacciona al documento de la Comisión COM(2020) 662 final sobre «Oleada de renovación para Europa: ecologizar nuestros edificios, crear empleo y mejorar vidas», señalando básicamente, en relación con «Impulsar la renovación de los edificios para alcanzar la neutralidad climática y la recuperación», que la aplicación sistemática de los criterios de Contratación Pública ecológica en el sector de la construcción constituye una herramienta importante para la rápida reducción del consumo de energía en los edificios y la difusión de modelos de gestión más sostenibles.

(34) Señala que los principales problemas para su implementación son, entre otros, la falta de seguridad jurídica sobre la correcta interpretación del requisito de «vinculación al objeto del contrato», la escasez de competencias y conocimientos específicos entre los funcionarios encargados de los procedimientos de licitación, y el hecho de que pueda percibirse como un obstáculo a la competencia, en el sentido de que restringe la participación de las PYMES en las licitaciones públicas.

En este sentido, el Informe trienal relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020 emitido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a la Comisión Europea, a tenor de lo previsto en el artículo 328.4 de la LCSP, en el epígrafe «2.5.3 Medidas de rango legal en materia de contratación pública estratégica y de fomento de la participación de PYMES», se recogen, sin ánimo de exhaustividad, las principales medidas que contempla la normativa española de Contratación Pública, y que van más allá de lo previsto en las Directivas de 2014:

- Exposición de Motivos de la LCSP, apartado III: «El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue [...] 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».
- Esta declaración se va completando a lo largo del texto articulado de la siguiente manera: artículos 1.3, 35.1 c), 69, 86.1, 87.1 c), 87.1 d), 88.2, 89.1 h), 90.4, 107.1, segundo párrafo, 122.2, 124, 140, 145.1, 145.2, 145.3 g), 147, 148.4, 149.7, 159, 202, 212.5, y 214).



de bienes y servicios del sector público, poniendo el poder de la compra pública al servicio de otras políticas consideradas estratégicas (35).

El último diagnóstico de la CPE en España se recoge en el Informe Especial de Supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación relativo a la Contratación Estratégica en el 2020 sobre contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación, de marzo de 2022. La idea fundamental que destaca es que, como se tendrá oportunidad de analizar en esta obra, dado que la inclusión de aspectos sociales o medioambientales en los criterios de adjudicación tiene carácter potestativo, según el artículo 145 de la LCSP, mientras que en el caso de las condiciones especiales de ejecución es obligatorio, según el artículo 202 de la LCSP, se observa un acusado diferencial a favor de la inclusión de dichos aspectos en este último supuesto (36). Junto a ella, se destaca la falta de concreción de criterios sociales y éticos en medidas específicas fácilmente comprobables.

B. Encaje en el Derecho Comunitario

a) Planteamiento general

Los principios de la política ambiental internacional generalmente admitidos son el de desarrollo sostenible, el de soberanía de los Estados sobre sus propios recursos con respeto al medio de otros estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional, el de responsabilidades sociales comunes pero diferenciadas de los Estados en la protección del medio ambiente, y el de cooperación internacional para la protección del medio ambiente.

Junto a estos, la UE posee los siguientes objetivos que serán la llave para la consecución de los objetivos contenidos en el artículo 191.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo, TFUE) y orientadores de la política ambiental europea en 2020, 2030 y 2050. Se trata de la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, de la protección de la salud de las personas, de la utilización prudente y racional de los recursos naturales, y del fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente

(35) Véanse las Comunicaciones de la Comisión Europea referida a su informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior» (COM (2021) 245 final, de 21 de mayo de 2021), y sobre «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación» (COM (2021) 267/01).

(36) «En las obligaciones derivadas de la LCSP en materia de inclusión de criterios de adjudicación de carácter social, medioambiental, de innovación u otro orden, y condiciones especiales de ejecución de igual carácter, tras el análisis efectuado, se detectan –en procedimientos de contratación– determinados grados de no aplicación del 82,43% y del 13,79%, respectivamente».

a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático.

Además de estos objetivos, la política ambiental de la UE se rige por dos parámetros, por un lado, están los principios como tales (logro un nivel de protección elevado, de cautela y de acción preventiva, de causalidad o de corrección de los atentados al medio ambiente aplicando las medidas en la fuente más próxima a la de contaminación, de quién contamina paga, y de integración de políticas medioambientales que fomente la sostenibilidad como parte angular, logrando así, un desarrollo sostenible y socialmente responsable) y, por otro lado, las condiciones contenidas en el artículo 191.3 del TFUE, que atienden a los datos científicos y técnicos disponibles, a las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión, a las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción, y al desarrollo equilibrado económico y social en su conjunto.

Desde la perspectiva general indicada, la Directiva 2014/24/UE insiste en la necesidad de integrar la variable ambiental en las diferentes fases contractuales, es decir, en la preparación del contrato (definición de su objeto y redacción de los pliegos con referencia a los requisitos exigidos a los operadores económicos), en la adjudicación, y en la ejecución del contrato.

b) Criterios relativos al medio ambiente

El artículo 194.1.c) del TFUE establece que, en el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la UE tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros, fomentar la eficiencia y el ahorro energéticos, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables.

Fue la Directiva 2018/2001/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables la que se encargó de materializar el citado pronunciamiento del TFUE. En función del período de adaptación que se fijaba en el artículo 3 de la mencionada Directiva (32 por ciento de energías renovables en 2030), España aprobó el 7 de diciembre de 2018 el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado y su Sector Público (2018-2025) (37).

(37) Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).



A pesar de lo señalado, el camino seguido, en vía administrativa y contencioso-administrativa, con la introducción de consideraciones ambientales en la Contratación Pública no está siendo nada fácil. Sirva de muestra lo acontecido cuando se introdujeron criterios de esta naturaleza en los PCAPS, bien como solvencia técnica (38) o bien como criterios de adjudicación (39). Como ya se adelantaba, esta es

(38) Por ejemplo, la introducción en los pliegos, como solvencia técnica, que el 100 por cien de la energía procediera de fuentes renovables:

- En el caso del Ayuntamiento de Madrid, se exigió que los licitadores acompañaran certificado emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («Garantía de Origen» (GdeO) según lo previsto en la Circular 6/2012, de 27 de setiembre) declarando que la energía comercializada a sus clientes es de origen 100 por cien renovable. Finalmente, el TSJ de Madrid confirmó el proceder del citado Ayuntamiento (Sentencias números 421, de 27 de junio, y 489, de 17 de julio de 2019) y de la Resolución dictada al afecto por el Tribunal de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid (Resolución número 110/2018, de 18 de abril), indicando que, con la introducción de dicha exigencia, «no cabe alegar la existencia de discriminación, ni infracción del principio de igualdad de trato y libertad de acceso de los licitadores».
- Aunque en el caso del Parlamento Vasco en un primer momento, en un supuesto igual al relatado en el caso del Ayuntamiento de Madrid, el Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco estimó el recurso especial en Resolución 33/2019, de 11 de febrero, sin embargo, el TSJ del País Vasco en Sentencia 335/2020, de 5 de noviembre, anuló la resolución del tribunal administrativo señalando que en ninguna de dichas estipulaciones se observa vulneración de la legislación de contratos del Sector Público o de la normativa comunitaria.
- Casos similares se produjeron en el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra en Acuerdo 120/2018, de 26 de noviembre, y en el Tribunal de Recursos Contractuales de Galicia en Resolución 278/2019, de 9 de diciembre, confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en lo sucesivo, STSJ) de Galicia número 300/2020, de 4 de diciembre.

(39) Por ejemplo, considerar, como criterio de adjudicación, que el mayor porcentaje de la energía comercializada por las empresas licitadoras sea de origen renovable. En este caso, la cuestión queda menos clara:

- La STJUE de 4 de diciembre de 2003, aunque admite la posibilidad de utilización del criterio de que la energía eléctrica suministrada tenga origen en fuentes renovables, sin embargo, en el caso concreto de la licitación objeto de examen (contrato marco licitado por un Land austríaco), no se considera admisible atendiendo a la falta de vinculación con el objeto contractual, toda vez que lo que se valora es la energía suministrada a otros clientes diferentes al propio poder adjudicador y, además, el criterio no puede ser ponderado ante la falta de rigor a la hora de determinar el origen de la energía eléctrica suministrada.
- En otro supuesto (empresa pública EMT de Valencia), se trató de combinar el criterio de adjudicación (100 por cien de origen de fuentes renovables respecto la energía que se vaya a suministrar a la Administración contratante) con una condición especial de ejecución del contrato (comercialización general al conjunto de clientes de energía verde otorgando determinada puntuación en función del mayor porcentaje de origen de fuentes renovables), sin embargo, ello



una de las principales encrucijadas con las que se enfrenta actualmente el órgano de contratación a la hora de diseñar la fase interna del contrato, que llega hasta la aprobación del expediente de contratación y del gasto. Tal y como se tendrá oportunidad de analizar en esta obra, se deberá ser especialmente cauteloso debiendo procurarse, como dice el acervo popular, «aprender en cabeza ajena».

C. Dificultad en su implementación

En relación con el concepto de CPE, aunque se volverá sobre este concepto a lo largo de esta obra, cabe señalar lo siguiente:

- Respecto al artículo 132 de la LCSP, es preciso señalar que la disposición adicional cuadragésimo octava de la LCSP, que transpuso el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, incorporó, como ya se hacía 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 (en lo sucesivo, TRLCSP) (40), la obligatoriedad (41), abierta a cualquier tipo de contrato, de fijar porcentajes mínimos, o bien de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, o bien de ejecución en el marco de programas de empleo protegido, siempre que, como señala la disposición adicional cuarta 1 párrafo primero de la LCSP, el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social sea, al menos, del 30 por ciento. Con relación a estos «Contratos Reservados» cabe señalar que no se pretende realizar una reserva de mercado en favor de determinados centros, sino que, en la planificación de la contratación anual que ha de efectuar cada órgano de contratación (42), se tenga presente la política social consistente en que un determinado porcentaje de la contratación deba ir destinado a promover la inserción de personas con discapacidad o en situación de exclusión social. Es decir, se está incluyendo una política social dentro de la normativa de contratación, sin que sea contrario a defender que, en el ámbi-

trajo como consecuencia que el TACRC viera con buenos ojos, en el plano teórico, la implementación como criterio de adjudicación pero la rechazara por falta de vinculación con el objeto del contrato (Resoluciones números 1148/2017, de 1 de diciembre, 638/2020, de 28 de mayo, o 684/2020, de 19 de junio) porque la actuación pasada de un licitador con terceros ajenos a la entidad contratante no presenta el necesario nexo causal con el objeto del contrato, sencillamente porque dicho aspecto no afecta a la configuración de la prestación que se contrata.

(40) Disposición adicional quinta.

(41) A diferencia de lo que se indicaba en la propia Directiva en la que se hablaba de «podrá reservarse».

(42) Artículo 28.4 de la LCSP.

to de la contratación pública, la libre competencia es un pilar fundamental en la legislación comunitaria y en el Derecho interno (43).

Prueba de lo señalado es lo previsto en la disposición adicional decimonovena de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (44), sobre contratos reservados en la gestión de residuos textiles, que dispone que, de conformidad con la disposición adicional cuarta de la LCSP, y en relación con las obligaciones de recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles y de muebles y enseres, los contratos de las administraciones públicas serán licitados y adjudicados de manera preferente a través de contratos reservados. En su apartado 2, añade que, para dar cumplimiento a dicha obligación, al menos el 50 por ciento del importe de adjudicación deberá ser objeto de contratación reservada a Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo de iniciativa social autorizados para el tratamiento de residuos. En caso contrario, la administración pública y el órgano de contratación deberán justificarlo debida y motivadamente en el expediente y podrá ser objeto de recurso especial o de los recursos establecidos en materia de contratación pública.

De hecho, frente a los detractores que afirman que se produce una menor competencia real, hay que indicar que se espera una gran competencia entre los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y Empresas de Inserción debido a sus dificultades para acceder a otro tipo de mercados, y, en base a unos Pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares (en lo sucesivo, PPTS) en los que se especifiquen estrictamente las necesidades a satisfacer y a la mayor formación que poseen este tipo de trabajadores, en modo alguno puede afirmarse, en términos generales, que en estos contratos existe una menor calidad en el servicio prestado. Prueba de ello, es la voluntad del Legislador que apuesta por un concepto amplio del concepto de «calidad» que en el artículo 145.2 de la LCSP considera que para evaluar la mejor relación calidad-precio se pueden incluir aspectos medioambientales o sociales (45).

(43) Resolución del TACRC número 860/2018, de 1 de octubre de 2018 en la que se señala que «En este caso, lo único que se hace es especificar una categoría determinada de operadores económicos de carácter social que pueden acceder al contrato que goza del carácter de reservado. Ello no quita para que se aplique la libre competencia entre ellas, quedando abierta la licitación a cualquier empresa que cumpla las condiciones al igual que en cualquier licitación ordinaria. Además, las condiciones de solvencia técnica y económica, y el resto que se establezcan en los pliegos, deben seguir cumpliéndose como en cualquier otro procedimiento».

(44) BOE número 85, de 9 de abril, con entrada en vigor el 10 de abril de 2022, salvo en lo previsto en el Título VII sobre Medidas fiscales para incentivar la economía circular, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

(45) La normativa comunitaria también utiliza la expresión «mejor calidad-precio», por ejemplo, en el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE.

- Respecto a la posible inclusión como condición especial de ejecución de tipo social que el contratista haya de contar con un Plan de Promoción de la Igualdad entre Hombre y Mujeres, es preciso señalar que no resulta adecuado considerar esta posibilidad ni como criterio de adjudicación (46), pues puntuar la elaboración de un plan a las empresas que están obligadas a tenerlo según la Ley sería discriminatorio respecto de aquellas empresas que no están obligadas a su elaboración y aplicación (artículo 1 de la LCSP), ni como condición especial de ejecución, por idéntica razón pues para las empresas no obligadas a su implementación supondría un trato discriminatorio, haciéndolas de peor condición que aquellas empresas de mayores dimensiones, que cuentan ya con el Plan por estar obligadas a ello por lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres (47).

D. La Ley española sobre cambio climático y transición energética

La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (48), que entró en vigor a partir del 22 de mayo de 2021, en el Título VII sobre «Recursos en el ámbito nacional para la lucha contra el cambio climático y la transición energética», en su artículo 31 «Contratación pública», aplicable a la Administración General del Estado y el conjunto de organismos y entidades del Sector Público Estatal, contempla las siguientes posibilidades para la incorporación, de manera transversal y preceptiva, de los criterios medioambientales y de sostenibilidad energética, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, que sean objetivos y respetuosos con los ya mencionados principios informadores de la Contratación Pública:

- En los PPTS: A tenor del artículo 126.4 de la LCSP, se podrán recoger en los pliegos los criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono dirigidos específicamente a la lucha contra el cambio climático. A tal efecto, en el plazo de 1 año desde la entrada en vigor de esta ley, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y el Ministerio de Hacienda elaborarán un catálogo de prestaciones en cuya contratación se tendrán en cuenta los criterios de lucha contra el cambio climático mencionados en este apartado y en el que se identificarán tales criterios de reducción de emisiones y de huella de carbono, incluidos los relacionados con una alimentación sostenible y saludable.

(46) Resolución de 30 de abril de 2019, con cita de la Resolución número 972/2018, de 26 de octubre.

(47) Resolución del TACRC número 427/2021, de 16 de abril.

(48) BOE número 121, de 21 de mayo.

En todo caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 201 de la LCSP, los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental.

- En las licitaciones de redacción de proyectos, de contratos de obra o concesión de obra:
 - En los PCAPS, como criterio de adjudicación en base al sistema de calidad-precio, a tenor del artículo 145.2 de la LCSP, algunos de los siguientes: Requisitos de máxima calificación energética de las edificaciones que se liciten; Ahorro y eficiencia energética que propicien un alto nivel de aislamiento térmico en las construcciones, energías renovables y bajas emisiones de las instalaciones; Uso de materiales de construcción sostenibles, teniendo en cuenta su vida útil; Medidas de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y otros contaminantes atmosféricos en las distintas fases del proceso de construcción de obras públicas; Medidas de adaptación al cambio climático; y minimización de generación de residuos.
 - En los PPTS, como prescripciones técnicas, las relativas a que la madera que se utilice en las construcciones proceda de bosques gestionados de forma sostenible y atendiendo a su huella ecológica, y que se llevan a cabo actuaciones de repoblación forestal con especies autóctonas, como medida compensatoria para paliar la huella de carbono resultante de la ejecución de la obra o servicio objeto de licitación.
- Contratos de arrendamientos de inmuebles en vigor a 22 de mayo de 2021, cuando no tengan la consideración de edificación con consumo de energía casi nulo conforme a la versión vigente a 31 de diciembre de 2020 del Código Técnico de Edificación, no podrán prorrogarse más allá de 2030, salvo que se trate de inmuebles radicados en el extranjero que se regirán por la normativa de edificación y medioambiental vigente en el país en que se hallen situados.

4. INSTRUMENTO EUROPEO DE RECUPERACIÓN

A. Introducción

Como ya se señalado al comienzo de esta Parte de la presente obra, una de las dos grandes líneas de preocupación que, a juicio de los autores de esta obra, se plantean actualmente en la Contratación Pública viene motivada por la adaptación de la misma a la gestión y control de los fondos procedentes del Instrumen-

to Europeo de Recuperación (*Next Generation EU*), aprobado por el Consejo Europeo del 21 de julio de 2020 (49), con la finalidad de compensar los estragos causados por el COVID-19, y fundamentado en los siguientes pilares:

- La adopción de instrumentos para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros por recuperarse, reparar los daños y salir reforzados de la crisis.
- La adopción de medidas para impulsar la inversión privada y apoyar a las empresas en dificultades.
- El refuerzo de los programas clave de la UE para extraer las enseñanzas de la crisis, hacer que el mercado único sea más fuerte y resiliente y acelerar la doble transición ecológica y digital.

El esquema a seguir es, aparentemente, sencillo:

- Se fijan cuatro líneas estratégicas:
 - Transición ecológica (reformas estructurales dirigidas a la transición hacia una economía y sociedad climáticamente neutras, sostenibles, circulares, respetuosas con los límites impuestos por el medio natural, y eficientes en el uso de recursos).
 - Transformación digital (Agenda España Digital 2025 con el fin de impulsar la conectividad y la ciberseguridad, la digitalización de la Administración y del tejido productivo, las competencias digitales del conjunto de la sociedad y la innovación disruptiva en el ámbito de la inteligencia artificial).
 - Cohesión social y territorial (se impulsará la educación y la formación profesional, la ciencia y la innovación, la economía de los cuidados, el sistema público de salud y la modernización de los sectores tractoros para lograr un crecimiento futuro más sostenible e inclusivo, y una economía más productiva).
 - Igualdad de género (una sociedad más cohesionada y un progreso basado en la protección de los valores constitucionales y los derechos individuales y colectivos de todos los ciudadanos).
- Se señalan cuatro instrumentos para la consecución de cada línea estratégica:
 - Convenios interadministrativos del artículo 47.2 a), b) y c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) celebrados entre dos o más Administraciones Públicas, entre dos o más orga-

(49) El 10 de noviembre de 2020, el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzaron el acuerdo sobre el paquete que incluye los fondos de *Next Generation EU* y el Marco Financiero Plurianual 2021-2027.



nismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública, o entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado. A juicio de los autores de esta obra, no tendrán cabida, como regla general, los convenios interadministrativos a que se refiere el apartado e) del mencionado precepto, que contempla los celebrados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional.

- Contratos públicos, celebrados al amparo no solamente de la LCSP sino muy posiblemente de acuerdo con lo previsto en Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea (en lo sucesivo, UE) en el ámbito de la Contratación Pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (50), y, no hay ninguna restricción a que, quizás, pudiera incluso aplicarse en algún caso la LCSPDS.
- Colaboración público-privada: Sobre este particular solamente recordar, por ahora, que existe un vacío normativo ya que la LCSP suprimió expresamente el contrato de colaboración público-privada. Así, en el Preámbulo, se señala que «Respecto de la delimitación de los diferentes tipos de contratos, las principales novedades en este ámbito se han introducido en la regulación del contrato de concesión, en el contrato mixto y en el contrato de colaboración público-privada que se suprime».

El Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en lo sucesivo Real Decreto-ley 36/2020) (51), plantea, como cuestión ajena a

(50) Convalidado por Resolución de 20 de febrero de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la UE en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

(51) Disposiciones de desarrollo del Real Decreto-ley 36/2020:

– Organización:

Real Decreto 1177/2020, de 29 de diciembre, de modificación del Real Decreto 136/2020, de 27 de enero, por el que se reestructura la Presidencia del Gobierno.

Real Decreto 1182/2020, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, el Real Decreto 689/2020, de 21 de julio, por el que se desarrolla la estructura

la normativa de Contratación Pública, dos formas de colaboración público privada, los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (en lo sucesivo, PERTE), y el Registro estatal de entidades interesadas en los PERTE, dependiente del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, cuyas entidades tendrá el carácter de preferente a la hora de la concesión de subvenciones, suscripción de convenios con las Administraciones Públicas, y creación de consorcios (52).

Lógicamente, la cuestión es cómo combinar estas formas de colaboración con lo previsto en la LCSP. Parece que se debería vislumbrar una reforma en profundidad de esta Ley. Más adelante, se analizará si este extremo ha sido afrontado debidamente.

- Subvenciones, resultando de aplicación lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

orgánica básica del Ministerio de Hacienda y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales y el Real Decreto 390/1998, de 13 de marzo, por el que se regulan las funciones y la estructura orgánica de las Delegaciones de Economía y Hacienda.

Resolución de 7 de abril de 2021, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la distribución de funciones de la Oficina de Informática Presupuestaria. Resolución de 7 de abril de 2021, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la distribución de funciones de la Oficina Nacional de Auditoría.

– Sistema de gestión:

Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Resolución de 24 de septiembre de 2021, de la Secretaría General de Formación Profesional, por la que se crean programas bilingües en enseñanzas de formación profesional con carácter experimental a partir del curso 2021/2022 en las ciudades autónomas de Ceuta y de Melilla vinculados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Resolución 1/2022, de 12 de abril, de la Secretaría General de Fondos Europeos, por la que se establecen instrucciones a fin de clarificar la condición de entidad ejecutora, la designación de órganos responsables de medidas y órganos gestores de proyectos y subproyectos, en el marco del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

(52) Desde el 11 de marzo de 2022 entró en vigor la Orden HFP/168/2022, de 7 de marzo, por la que se regula el funcionamiento y estructura del Registro Estatal de las entidades interesadas en los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica.



Para todo ello, el Preámbulo del Real Decreto-ley 36/2020 plantea los siguientes retos:

- Reto de modernización de las Administraciones Públicas: «Para ello, es preciso acometer un proceso de modernización que le proporcione las herramientas necesarias para acometer la ejecución del Plan y la mejor gestión de fondos, contando con el sector público y el sector privado».
- Reto de la agilidad y eficacia en la gestión y control: «La Administración Pública debe responder de modo ágil y eficaz, como sobradamente ha demostrado en otras ocasiones, y sin disminuir sus obligaciones de control, salvaguardando el interés general».
«Las Administraciones Públicas españolas, y en especial la Administración General del Estado deben jugar un papel clave, ágil, eficaz y eficiente para el éxito de la ejecución y además para el control y la salvaguarda necesarios que permitan justificar fehacientemente la solicitud de reembolsos y la absorción de los fondos...»:
- Reto de la revisión de los obstáculos y cuellos de botella en la normativa aplicable, «... lo que hace preciso revisar los obstáculos y cuellos de botella existentes en la normativa y en los procedimientos e instrumentos de gestión pública y, una vez analizados, es preciso acometer reformas que permitan contar con una Administración moderna y ágil capaz de responder al desafío que la ejecución de proyectos vinculados a los fondos del Instrumento Europeo de Recuperación plantea» (53).

B. Creación del Fondo de Restauración y Resiliencia

El Real Decreto 690/2021, de 3 de agosto, por el que se regula el Fondo de Restauración Ecológica y Resiliencia, FCPJ (en lo sucesivo, FRER) (54), a consecuencia de que la disposición final sexta del Real Decreto-ley 36/2020 modificó el artículo 78 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, ha creado el FRER, a partir del 5 de agosto de 2021, de acuerdo con lo previsto en el artículo 137 de la LRJSP.

Este fondo carente de personalidad jurídica sustituye al anterior Fondo para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad y estará adscrito al Ministerio para la

(53) *Guía Básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, de 21 de abril de 2022.

(54) BOE número 185, de 4 de agosto.

Transición Ecológica y el Reto Demográfico, a través de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, a la que le corresponde su dirección estratégica.

El FRER instrumenta las medidas de apoyo a través de la celebración de contratos sujetos a la LCSP y sus órganos de contratación serán los siguientes:

- El titular de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente.
- La Junta de Contratación, en el ámbito previsto en la Orden por la que se crean y regulan la Junta de Contratación y la Mesa Única de Contratación del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

A tal fin, con cargo al FRER para llevar a cabo la gestión, se podrá recabar asistencia técnica, siguiendo el procedimiento de contratación previsto en la LCSP.

C. Servicio Nacional de Coordinación Antifraude

El Real Decreto-ley 36/2020 determinó que el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, integrado en la Intervención General de la Administración del Estado (en lo sucesivo, IGAE), asumirá, en el marco de sus funciones, la promoción de las labores de prevención, detección e investigación del fraude que fueran precisas para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, muy preocupada en la necesidad de reforzar las diferentes fases que componen el ciclo antifraude frente a los cuatro riesgos específicos que se asocian a la ejecución del Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia: el fraude, la corrupción, los conflictos de interés y la doble financiación.

En este sentido, corresponde al citado Servicio Nacional de Coordinación Antifraude las competencias de coordinación general a nivel nacional respecto la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Para ello, una herramienta fundamental es la puesta en funcionamiento del «Canal Infofraude», en el cual se incardina el «Canal de Denuncias del Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia» (55).

A la Dirección de la Oficina Nacional de Auditoría de la IGAE le corresponderá la dirección y supervisión del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude (56).

(55) Enlace al formulario del Canal Infofraude:

<https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/paginas/denan.aspx>

Mayor información acerca del funcionamiento del Canal y del propio Servicio:

<https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/snca/Paginas/ComunicacionSNCA.aspx>

(56) Resolución de 7 de abril de 2021, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueba la distribución de funciones de la Oficina Nacional de Auditoría.

D. Sistema de gestión de los fondos europeos contemplados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: Aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos

a) Introducción

El Reglamento 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, establece en su artículo 22.1 que los Estados miembros, al ejecutar el Mecanismo, adoptarán todas las medidas adecuadas para proteger los intereses financieros de la UE y para velar por que la utilización de los fondos en relación con las medidas financiadas se ajuste al Derecho aplicable de la Unión y nacional, en particular en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. A tal efecto, los Estados miembros establecerán un sistema de control interno eficaz y eficiente, pudiendo recurrir a sus sistemas nacionales habituales de gestión presupuestaria.

El 30 de septiembre de 2021 se publicaron en el Boletín Oficial del Estado (en lo sucesivo, BOE) las Órdenes del Ministerio de Hacienda y Función Pública que regulan el sistema de información y gestión (57), así como el suministro de información (58) para hacer efectiva una evaluación sobre el cumplimiento de los hitos y objetivos, orientado a resultados, contemplados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, tal y como exige la Comisión Europea para transferir los recursos.

La primera de ellas hace referencia al sistema de gestión del Plan de Recuperación, recogiendo medidas para lograr, entre otros, los objetivos de diseñar una estructura de Informes de Gestión con la finalidad de que los órganos respon-

El Servicio Nacional de Coordinación Antifraude ha elaborado la «Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia», con el objetivo de aportar herramientas que faciliten el análisis de los riesgos, mejoren el control y la elaboración de los planes de medidas antifraude. Se puede acceder tanto a la Guía como a sus anexos a través del siguiente enlace: <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es>

ES/snca/Paginas/NormativaDocumentacion.asp

(57) Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE número 234, de 30 de septiembre).

(58) Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.



sables y gestores de las reformas e inversiones formalicen el resultado de sus actuaciones, en términos de hitos y objetivos (59), así como los recursos aplicados para su consecución, y de formalizar las Declaraciones de Gestión ante la Comisión Europea con seguridad jurídica, conforme el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo. Con ella se pretende facilitar el seguimiento y gestión del Plan, sobre la base de los principios de seguridad jurídica, coordinación y responsabilidad, con la idea de maximizar la absorción de los fondos asignados a España en el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

La segunda Orden, relativa al suministro de información para hacer efectiva una evaluación sobre el cumplimiento de los hitos y objetivos, ha sido diseñada para la coordinación y seguimiento del Plan por la administración estatal, autonómica y local, dando respuesta a las necesidades de planificación, gestión, control y rendición de cuentas.

La Instrucción de 23 de diciembre de 2021 de la JCCPE, sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del plan de recuperación, transformación y resiliencia, dictada con el carácter de vinculante para todos los órganos de contratación del Sector Público Estatal, ha analizado, a la luz de las citadas Órdenes, los aspectos a los que se va a hacer referencia en los epígrafes siguientes y que están relacionados con la gestión y la información referentes a los procedimientos de licitación de los contratos que se vayan a financiar con dichos fondos.

b) Ámbito de aplicación subjetivo

La aplicación de las citadas Órdenes Ministeriales alcanza a los contratos públicos que liciten las entidades que integran el Sector Público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LRJSP, incluido el Sector Público de las Comunidades Autónomas (60) y de las Corporaciones Locales, y a cualesquiera otros agentes implicados en la ejecución como perceptores de fondos. Por tanto, en

(59) La Orden establece, entre otras cuestiones, el concepto de hito y objetivo, así como los criterios para su seguimiento y acreditación del resultado; el etiquetado verde y etiquetado digital, dado que Bruselas exige destinar una parte muy importante de los fondos a esas materias; el refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude y la corrupción; o la identificación del receptor final de los fondos, sea como beneficiario de las ayudas, o adjudicatario de un contrato o subcontratista.

(60) Distintas Comunidades Autónomas han aprobado normas con vinculación directa o indirecta en esta materia, por ejemplo:

- Andalucía: Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.



diversos aspectos resultan obligados, no solo los órganos de contratación del Sector Público, sino también los licitadores, contratistas y subcontratistas privados.

c) *Ámbito de aplicación objetivo*

Incluye los componentes, estructurados en las reformas e inversiones, hitos y objetivos que integran el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en lo sucesivo, PRTR).

-
- Aragón: Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa, y Decreto-ley 2/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias para agilizar la gestión de los fondos procedentes del instrumento europeo de recuperación (*Next Generation EU-MRR*) para la reactivación económica y social de la Comunidad Autónoma de Aragón.
 - Murcia: Decreto-Ley 6/2021, de 2 de septiembre, de medidas urgentes de impulso de la Administración Regional para la gestión de los fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación (*Next Generation EU*) para la Reactivación Económica y Social de la Región de Murcia.
 - Baleares: Decreto-ley 3/2021, de 12 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos europeos en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
 - Canarias: Decreto-ley 4/2021, de 31 de marzo, de medidas urgentes para la agilización administrativa y la planificación, gestión y control de los Fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación denominado *Next Generation EU*, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias y por el que se establecen medidas tributarias en el Impuesto General Indirecto Canario para la lucha contra la COVID-19.
 - Castilla-La Mancha: Ley 4/2021, de 25 de junio, de Medidas Urgentes de Agilización y Simplificación de Procedimientos para la Gestión y Ejecución de los Fondos Europeos de Recuperación.
 - Cataluña: Decreto ley 5/2021, de 2 de febrero, por el que se aprueban medidas urgentes para la implementación y gestión de los fondos procedentes del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y del fondo REACT-EU para la Administración de la Generalitat de Catalunya y su sector público.
 - Extremadura: Decreto-ley 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.
 - Galicia: Ley 9/2021, de 25 de febrero, de simplificación administrativa y de apoyo a la reactivación económica de Galicia.
 - Navarra: Decreto-ley Foral 4/2021, de 14 de abril, por el que se aprueban medidas urgentes para la gestión y ejecución de las actuaciones financiadas con fondos europeos provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación.
 - Valencia: Decreto-ley 6/2021, de 1 de abril, del Consell, de medidas urgentes en materia económico-administrativa para la ejecución de actuaciones financiadas por instrumentos europeos para apoyar la recuperación de la crisis consecuencia de la COVID-19.



d) *Obligaciones del órgano de contratación o de las entidades ejecutoras*

1. Principios

Cuando cualquiera de las actividades financiadas con fondos del PRTR se realice a través de la figura de un contrato público le resultan de aplicación, además de las normas generales sobre contratación pública, los principios de gestión específicos del Plan (61). En este sentido, las entidades que licitan contratos públicos deben definir y autoevaluar su pertinencia y suficiencia teniendo en cuenta, además, que deben de estar presentes en todas las fases del contrato público, es decir, en la admisión de licitadores, en la selección de la mejor oferta, y en la ejecución contractual.

2. Preparación del contrato: Evaluación del riesgo de fraude, corrupción o conflicto de interés

Las entidades que licitan contratos públicos habrán de realizar las siguientes actividades:

- Exigir la cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses por parte de todos los intervinientes en el contrato, es decir, por el titular o titulares del órgano de contratación, por los que participen en la redacción de los pliegos del contrato, por los miembros de las mesas, de las juntas de contratación, y de los miembros del comité de expertos o de los técnicos que elaboren los informes de valoración en el seno del contrato (62), pero también por parte de los contratistas, en el mismo momento de la formalización del contrato o inmediatamente después, y por todos los subcontratistas.
- A medida que se aprueben los correspondientes Planes de medidas antifraude, conforme a lo señalado en el artículo 6.5 de la Orden HFP/1030/2021, se deberá incorporar las mismas a los correspondientes expedientes de contratación.

(61) Concepto de hito y objetivo, así como los criterios para su seguimiento y acreditación del resultado: Etiquetado verde y etiquetado digital: Análisis de riesgo en relación con posibles impactos negativos significativos en el medioambiente (*Do no significant harm, DNSH*), seguimiento y verificación de resultado sobre la evaluación inicial: Refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de interés: Compatibilidad del régimen de ayudas de Estado y prevención de la doble financiación: Identificación del perceptor final de los fondos, sea como beneficiario de las ayudas, o adjudicatario de un contrato o subcontratista: y Comunicación.

(62) En estos casos, dicha declaración se realizará, por una sola vez para cada licitación, al inicio de la primera reunión y se dejará constancia en el acta.

e) Aspectos a incluir en los pliegos

Respecto de este aspecto, es preciso recordar los siguientes requisitos.

- Se habrá de incluir necesariamente una referencia al preceptivo cumplimiento de las obligaciones asumidas en materia de etiquetado verde y etiquetado digital y los mecanismos establecidos para su control, así como al preceptivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por la aplicación del principio de no causar un daño significativo y las consecuencias en caso de incumplimiento.
- Se habrá de incluir necesariamente una referencia expresa a la obligatoria aplicación al contrato en cuestión del plan de medidas antifraude y anticorrupción, incluyendo el conflicto de intereses correspondiente al contrato, que habrá de haberse aprobado previamente por la entidad decisora o ejecutora. Como ya se ha señalado, estas medidas serán obligatorias a medida que se aprueben los correspondientes Planes de medidas antifraude, conforme a lo señalado en el artículo 6.5 de la Orden HFP/1030/2021.
- Se incluirá necesariamente la obligación de cumplimentación de la Declaración de Ausencia de Conflicto de Intereses por todas las personas obligadas a ello.
- Se harán constar en el PCAPS, como medida de recuerdo de lo previsto en el artículo 8.2 de la Orden HFP/1030/2021, las obligaciones que penden sobre el contratista o, en su caso, el subcontratista, en orden a aportar la correspondiente obligación al órgano de contratación (NIF, nombre o razón social, domicilio fiscal, aceptación de la cesión de datos entre las Administraciones Públicas implicadas, declaración responsable relativa al compromiso de cumplimiento de los principios transversales establecidos en el PRTR, y la acreditación de la inscripción en el Censo de empresarios, profesionales y retenedores de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o en el Censo equivalente de la Administración Tributaria Foral, que debe reflejar la actividad efectivamente desarrollada en la fecha de participación en el procedimiento de licitación.
- Se aportará por parte del contratista y, en su caso, por los subcontratistas la información relativa al titular real del beneficiario final de los fondos en la forma prevista en el artículo 10 de la Orden HFP/1031/2021 tanto si son personas jurídicas, fideicomisos, entidades jurídicas como las fundaciones, o estructuras jurídicas similares a los fideicomisos. En tanto no se efectúe el correspondiente desarrollo, sería conveniente indicar en los PCAPS el modo de acreditar esta obligación.
- Se recogerá la sujeción a los controles de la Comisión Europea, la Oficina de Lucha Antifraude, el Tribunal de Cuentas Europeo y la Fiscalía Europea y el derecho de estos órganos al acceso a la información sobre el contrato.

- Se hará constar otras cuestiones, tales como el obligado cumplimiento de los compromisos en materia de comunicación, encabezamientos y logos que se contienen en el artículo 9 de la Orden HFP/1030/2021.
- Es conveniente incluir una referencia a los hitos y objetivos que se han de cumplir, a los plazos temporales para su cumplimiento y a los mecanismos establecidos para su control. Podrán preverse penalidades y causas de resolución del contrato con el fin de garantizar su cumplimiento.

f) Extremos a incluir en el expediente de contratación

Aparte de lo señalado respecto a los PCAPS, se hará constar, por su importancia, la verificación que debe realizar el órgano gestor para garantizar la ausencia de doble financiación del contrato.

E. Medidas de revisión de la LCSP

a) Planteamiento previo

A la vista de lo señalado, las expectativas estaban verdaderamente justificadas para conocer cuáles serían los pasos a seguir para eliminar los obstáculos y cuellos de botella existentes en la normativa de Contratación Pública, que permitirían la gestión eficaz y ágil de los fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación.

Estas medidas de reforma, indudablemente, traerían consigo que, si los contratos se financiaran con fondos de esta naturaleza, se les aplicarían un régimen específico y distinto al previsto en la LCSP para los que, por el contrario, fueran financiados con cargo a créditos ordinarios recogidos en las Leyes de Presupuestos nacionales.

El Real Decreto-ley 36/2020 (63), como ya se adelantado, fue el instrumento jurídico encargado de llevar a cabo las medidas a las que se hará referencia en el epígrafe siguiente. No obstante, con posterioridad a su entrada en vigor el 1 de enero de 2021, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 27 de abril de 2021, adoptó un Acuerdo por el que se aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, en cumplimiento de lo previsto en el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021,

(63) Resolución de 28 de enero de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (64), que fue publicado por Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

En dicho Plan, sobre las líneas estratégicas citadas que, sin embargo, el Gobierno denomina «ejes principales o de trabajo» (transición ecológica, transformación digital, cohesión social y territorial, e igualdad de género), se señala que se desarrollarán por medio de la siguientes 10 «políticas palanca»:

1. Agenda urbana y rural y lucha contra la despoblación, y desarrollo de la agricultura.
2. Infraestructuras y ecosistemas resilientes.
3. Transición energética justa e inclusiva.
4. Una administración para el siglo XXI.
5. Modernización y digitalización del tejido industrial y de la pyme, recuperación del turismo e impulso a una España nación emprendedora.
6. Pacto por la ciencia y la innovación. Refuerzo a las capacidades del Sistema Nacional de Salud.
7. Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades.
8. Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo.
9. Impulso de la industria de la cultura y del deporte.
10. Modernización del sistema fiscal para un crecimiento inclusivo y sostenible.

Estas diez «políticas palanca» integran a su vez 30 «líneas de acción», que articulan de forma coherente y complementaria las diferentes iniciativas tractoras prioritarias de reforma estructural, tanto de tipo regulatorio como de impulso a la

(64) Establece lo siguiente:

- Artículo 17 «los Estados miembros elaborarán planes de recuperación y resiliencia nacionales para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 4. En dichos planes se establecerá el programa de reformas e inversiones del Estado miembro de que se trate. Los planes de recuperación y resiliencia que pueden optar a la financiación con arreglo al Mecanismo incluirán un conjunto de medidas coherente y exhaustivo de medidas de ejecución de las reformas y de inversión pública, que podrá incluir también programas públicos destinados a incentivar la inversión».
- Artículo 18 «el plan de recuperación y resiliencia presentado por el Estado miembro... se presentará formalmente, por regla general, a más tardar el 30 de abril».

inversión, para contribuir a alcanzar los objetivos generales del Plan. Por lo que se refiere a la Contratación Pública, ninguna se refiere específicamente, como es lógico, a esta materia que ha de actuar, y no es poco, como catalizador que facilite la implementación de cada una de ellas (65).

b) *Medidas adoptadas*

1. Introducción

Llegado este momento, toca ahora realizar un análisis de las medidas que, por vía de excepción a la aplicación de la LCSP, han sido implementadas en el Real Decreto-ley 36/2020 con la finalidad de responder a los retos que se planteaban, como ya se ha señalado, en el Preámbulo y que se refieren, respectivamente, a la modernización de las Administraciones Públicas, a la agilidad y eficacia en la gestión y control, y, lo más importante en esta materia, a la revisión de los obstáculos y cuellos de botella en la normativa de Contratación Pública.

En el Apartado XII del mencionado Preámbulo, dedicado a comentar las especialidades en materia de contratación administrativa recogidas en el Capítulo III del Título IV, se señala lo siguiente:

«Se dispone que a todos los contratos financiados con los Fondos percibidos por el Reino de España en el marco del plan de recuperación les sea de aplicación el régimen excepcional de tramitación urgente, con la consiguiente reducción de plazos y agilización del procedimiento.

Se elevan los umbrales económicos para recurrir a los procedimientos abiertos simplificados, ordinario y abreviado, de modo que resulten aplicables a un mayor número de contratos, lo que permitirá la agilización en su tramitación.

Se promueve la elaboración de pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas correspondientes a los contratos a celebrar, incorporando todos los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de pymes y de res-

(65) Así, de forma indirecta, vinculada al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se ha procedido a aprobar la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, y la Ley 14/2022, de 8 de julio, de modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con el fin de regular las estadísticas de las microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, que ha venido a implementar el componente 28, titulado «Adaptación del sistema impositivo a la realidad del siglo XXI» dentro de la reforma R4 «Reforma de medidas fiscales que contribuyen a la transición ecológica», a través de la modificación del Impuesto sobre los Gases Fluorados de Efecto Invernadero, regulado en el artículo 5 de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, para garantizar un efectivo control de dichos gases.

ponsabilidad social que se consideren necesarios, con el fin de facilitar su tramitación por los órganos gestores.

Se revisa el régimen de autorizaciones e informes a recabar en los procedimientos de contratación, simplificándolo, así como los plazos para la interposición y pronunciamiento en el recurso especial en materia de contratación para agilizar su resolución, al tiempo que se crea una nueva sección en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para reforzar su composición.

Se recoge la posibilidad de que las entidades contratantes ejecuten de manera directa las prestaciones de los contratos en cuestión valiéndose de un medio propio, mediante el correspondiente encargo, a cambio de la tarifa legalmente procedente, flexibilizándose en estos casos el régimen de autorizaciones requerido, así como la posibilidad de subcontratación con terceros».

Por tanto, la revisión de los obstáculos y cuellos de botella en la LCSP, con la finalidad de contar con una Administración moderna y ágil capaz de responder al desafío que la ejecución de proyectos vinculados a los fondos del Instrumento Europeo de Recuperación plantea, se ha centrado en estos aspectos que pasan a ser analizados en el epígrafe siguiente para apreciar el verdadero alcance de la reforma acometida en cada caso.

2. Tramitación de urgencia de los expedientes de contratación

El artículo 50.1 párrafo primero del Real Decreto-ley dispone, a pesar de lo establecido en el apartado XII del preámbulo (66), que «los órganos de contratación deberán examinar si la situación de urgencia impide la tramitación ordinaria de los procedimientos de licitación, procediendo aplicar la tramitación urgente del expediente prevista en el artículo 119 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre» lo que equivale, con la remisión citada, a la necesidad de una expresa declaración de urgencia del procedimiento debidamente motivada.

De acuerdo con dicha norma, una vez declarada la urgencia, los órganos de contratación «podrán» aplicar esas especialidades en los plazos, pero existe al menos un plazo que parece fijarse de modo imperativo (5 días en el procedimiento simplificado abreviado para compras corrientes) que contradice la expresión citada (67).

(66) «Se dispone que a todos los contratos financiados con los Fondos percibidos por el Reino de España en el marco del plan de recuperación les sea de aplicación el régimen excepcional de tramitación urgente, con la consiguiente reducción de plazos y agilización del procedimiento».

(67) La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en la Instrucción de 11 de marzo de 2021, sobre la tramitación de urgencia de los procedimientos de licitación de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ha entendido que, aunque exista una referencia genérica al carácter potestativo, habrá determinados límites y plazos que necesariamente habrán de respetarse.

En los casos en los que se establece un plazo máximo, pero sin fijar un mínimo, por parte de los órganos de contratación se deberán ponderar adecuadamente las circunstancias y complejidad inherentes al objeto contractual para evitar situaciones claramente contrarias a los principios de publicidad y concurrencia (68).

Por tanto, en general, puede señalarse, a juicio de los autores de esta obra, que la tramitación de los expedientes de contratación de contratos y acuerdos marco, que vayan a ser financiados con fondos procedentes del Instrumento Europeo de Recuperación *Next Generation EU*, será de urgencia, a tenor de lo previsto en el artículo 119 de la LCSP, si a juicio del órgano de contratación queda debidamente justificado el recurso a dicha tramitación (69). En este sentido el primer inciso del artículo 50.1 e) del Real Decreto-ley 36/2020 dispone que «La aplicación de las reducciones de plazos contempladas en los apartados a) y d) anteriores... requerirá que en el expediente se incluya la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada, motivación que deberá ser incluida igualmente en el anuncio de licitación».

El artículo 50 del Real Decreto-ley 36/2020 dispone, en el segundo inciso del apartado 1, que las reducciones de plazos, a las que se va a hacer referencia, no se aplicarán en la adjudicación de los contratos SARA de concesiones de obras y concesiones de servicios, y que, para el resto de los contratos, resultarán aplicables las siguientes especialidades respecto de lo previsto en el artículo 119 de la LCSP(70):

– Procedimiento abierto ordinario:

El artículo 50.1.a) del Real Decreto-ley 36/2020 dispone que «Los plazos fijados para la tramitación del procedimiento abierto podrán reducirse hasta la mitad por exceso, salvo el plazo de presentación de proposiciones, que los órganos de contratación podrán reducir hasta un mínimo de quince días naturales contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación».

(68) *Guía Básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* realizada por la OIRESCON con fecha 15 de junio de 2022.

(69) Instrucción de la JCCPE de 11 de marzo de 2021, sobre la tramitación de urgencia de los procedimientos de licitación de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

(70) Aunque el Real Decreto-ley 30/2020 utiliza para todos los procedimientos, excepto para el abierto simplificado abreviado, la expresión «podrán», sin embargo, la JCCPE en su Informe de 11 de marzo de 2021, sobre la tramitación de urgencia de los procedimientos de licitación de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ha entendido que, aunque exista una referencia genérica al carácter potestativo, habrá determinados límites y plazos que necesariamente habrán de respetarse.

Para analizar esta excepción, conviene distinguir que, a tenor de los artículos 156 a 158 de la LCSP, en el procedimiento abierto ordinario existen tres plazos:

- Plazo de presentación de proposiciones:

El artículo 156 de la LCSP distingue entre que el contrato sea o NO SARA para establecer diferentes plazos, estableciendo el *dies a quo* desde el envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en el primer caso, y, en el segundo caso, desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil de contratante.

En caso de ser un contrato SARA, el artículo 156.3.b) de la LCSP dispone que, 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, 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. Sin embargo, cuando se trate de un contrato No SARA, el artículo 156.6 de la LCSP no establece ninguna previsión específica respecto a la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de urgencia, razón por la cual, a tenor del artículo 119.2.b) de la LCSP, se aplicará la regla general consistente en que el plazo de presentación de proposiciones, que no podrá ser inferior a 15 días, se reducirá a la mitad, pues este supuesto no se encuentra recogido en ninguno de los supuestos excepcionados que prevé el propio precepto.

De acuerdo con lo señalado, cabe concluir que, tal y como está redactado el artículo 50.1.a) del Real Decreto-ley 36/2020, da la impresión de que, para una correcta comprensión de dicho precepto, le ha faltado la especificación de que resulta aplicable solamente a los contratos SARA pues para los NO SARA ya existe la posibilidad de alcanzar una reducción mayor por la vía del mencionado artículo 119.2.b) de la LCSP, eso sí, tomando *dies a quo* el de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil de contratante.

Por tanto, respecto de los contratos SARA, una vez realizada la puntualización anterior, la ventaja se ciñe, exclusivamente, a que la reducción pueda alcanzar el mínimo de 15 días («... hasta un mínimo de quince días naturales...») frente a la previsión que realiza el artículo 156.3.b) que, como ya se ha señalado, dispone que «no será inferior a 15 días».

Como puede fácilmente deducirse, no parece una reducción significativa que haga honor a lo que se preveía en el Preámbulo del Real Decreto-ley 36/2020.

- Plazo de apertura de proposiciones:

El artículo 157.3 de la LCSP dispone que en todo caso la apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de 20 días contado desde

la fecha de finalización del plazo para presentar las mismas, o, si se contuvieran en más de un sobre o archivo electrónico susceptibles de abrirse en varios actos, desde que se hubiera abierto el primero de ellos.

Respecto a dicho plazo, dado que el artículo 50.1.a) del Real Decreto-ley 36/2020 se refiere a «Los plazos fijados para la tramitación del procedimiento abierto podrán reducirse hasta la mitad por exceso, ...», cabe deducir que podrá reducirse a 10 días contando dicho plazo desde el *dies a quo* al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

- Plazo de adjudicación:

En artículo 158.1 y 2 de la LCSP establece que, cuando se utilice para la selección de la mejor oferta un solo criterio que no sea el del coste del ciclo de vida, la adjudicación deberá dictarse en el plazo máximo de 15 días, mientras que, si se emplean varios criterios o solamente el basado en el coste del ciclo de vida, dicho plazo será de 2 meses, salvo que se hubiese establecido otro en el PCAPS.

Al igual que se ha señalado respecto del plazo de apertura de proposiciones, cabe indicar que, dado que el artículo 50.1.a) del Real Decreto-ley 36/2020 se refiere a «Los plazos fijados para la tramitación del procedimiento abierto podrán reducirse hasta la mitad por exceso,...», si se utiliza un criterio de adjudicación que no sea el del coste del ciclo de vida, podrá reducirse, por exceso, a 8 días, y, si se emplean varios criterios o solamente el del coste del ciclo de vida, el plazo podrá reducirse a 1 mes.

De cualquier modo, no resultará sencillo para la mesa de contratación poder desarrollar su labor con el suficiente rigor pues actualmente, sin ser contratos financiados con fondos *Next Generation EU*, ya resulta harto complicado cumplir con dichos plazos.

- Procedimiento abierto simplificado:

El artículo 159. 1 a 5 de la LCSP regula esta modalidad de procedimiento abierto que fue introducida en esta Ley. Respecto de este, el artículo 50.1.b) del Real decreto-ley 36/2020 dispone que «Se mantendrán sin cambios los plazos establecidos en el artículo 159 apartados 3 y 4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, respecto a la tramitación del procedimiento abierto simplificado ordinario, de conformidad con lo señalado en el apartado 5 de dicho artículo, excepto el plazo de presentación de proposiciones que será de un máximo de quince días naturales en todos los casos. Asimismo, en los supuestos en que 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 cuatro días naturales, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen la valoración».

Por tanto, prevé que se mantendrá la misma regulación que la que se acaba de explicitar para los contratos NO SARA cuya adjudicación se efectuara por procedimiento abierto ordinario (artículo 159.5 con remisión al artículo 119.2.b) la LCSP), es decir, no se reducirán los plazos previstos en el artículo 159.3 y 4 a la mitad, salvo en los siguientes casos:

- El plazo de presentación de proposiciones que en general, a tenor del artículo 159.3 de la LCSP no podrá ser inferior a 15 días y a 20 días, en el caso de los contratos de obras, a contar desde el siguiente a la publicación en el perfil de contratante del anuncio de licitación, será de un máximo de 15 días naturales en todos los casos.
- En el caso de que la mejor oferta se seleccione en base a varios criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, el plazo para la valoración de las proposiciones que el artículo 159.4.e) de la LCSP establece en 7 días, ahora, para estos contratos financiados con fondos *Next Generation EU*, se reduce a 4 días.

– Procedimiento abierto simplificado abreviado:

El artículo 50.1.c) del Real Decreto-ley 36/2020 establece que los plazos para la presentación de proposiciones, que el artículo 159.6.a) de la LCSP fija en 5 días hábiles y en 10 días hábiles, en función de que se tratara o no de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado, se verán reducidos (71) a 5 y 8 días naturales, respectivamente.

– Procedimiento restringido y procedimiento de licitación con negociación:

El artículo 119.2.b).3.º de la LCSP dispone que, acordada la apertura del procedimiento de adjudicación, los plazos para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se reducirán a la mitad, salvo el plazo de presentación de solicitudes de participación en los contratos SARA de obras, suministros y servicios, que se podrán reducir el plazo general de presentación de solicitudes, cuando fuera impracticable por tratarse de una situación de urgencia, a otro plazo que no será inferior a 15 días contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación (artículo 161.1 párrafo segundo de la LCSP), y que el plazo de presentación de proposiciones en contratos SARA, cuando el plazo general no inferior a 30 días fuera impracticable por tratarse de una situación de urgencia, no podrá ser inferior a 10 días contados desde la fecha del envío de la invitación escrita, y, en contratos No SARA, no será inferior a 10 días, contados también desde la fecha de envío de la invitación (artículo. 164.1.b) de la LCSP).

(71) Como ya se ha señalado, una vez declarada la urgencia, los órganos de contratación «podrán» aplicar esas especialidades en los plazos. Sin embargo, en este procedimiento abierto simplificado abreviado, el artículo 50.1.c) del Real Decreto-ley 36/2020 emplea un tono imperativo que contradice la expresión citada.

Ahora, el artículo 50.1.d) del Real Decreto-ley 36/2020, sin hacer ninguna distinción entre contratos SARA y No SARA, establece que el plazo de presentación de solicitudes de participación podrá reducirse hasta un mínimo de 15 días naturales, y el de presentación de las proposiciones que en ningún caso será inferior a 10 días naturales.

3. Elevación de los valores estimados en procedimiento abierto simplificado ordinario y simplificado abreviado

En relación con el procedimiento abierto simplificado ordinario, cabe señalar lo siguiente (72):

El artículo 52 del Real Decreto-ley 36/2020 permite, a diferencia de lo que se hace en el artículo 159.1 de la LCSP, la aplicación de este procedimiento cuando el valor estimado del contrato de obras se sitúe por debajo del umbral comunitario para considerar el contrato SARA, es decir, aplica el mismo criterio para este contrato que el que había venido aplicando al resto de contratos. Es decir, en todos contratos financiados por fondos *Next Generation EU*, podrá aplicarse el procedimiento abierto simplificado ordinario cuando su valor estimado sea inferior al umbral establecido por la Comisión Europea para los contratos SARA (73).

Por lo que se refiere al procedimiento abierto simplificado abreviado, se dispone lo siguiente:

El artículo 51 del Real Decreto-ley 36/2020 permite que se aplique este procedimiento a los contratos de obras de valor estimado inferior a 200.000 euros y a los contratos de suministro y servicios de valor estimado inferior a 100.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual (74) en cuyo caso no les será de aplicación este procedimiento.

De acuerdo con ello, estos contratos y acuerdos marco verán ampliada la aplicación de este procedimiento, respecto a los no financiados con fondos *Next Generation EU*, de 80.000 a 200.000 euros para contratos de obras y de 60.000 a 100.000 euros

(72) Por primera vez se califica este procedimiento abierto simplificado, regulado en los cinco primeros apartados del artículo 159 de la LCSP, como «ordinario».

(73) Actualmente, hasta el 31 de diciembre de 2023, rigen los umbrales recogidos en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre).

(74) Resolución del TACRC número 1595/2021, de 12 de noviembre, en la que analiza la doctrina del tribunal sobre la disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP sobre «Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo», es decir, sobre los «servicios de naturaleza intelectual por disposición legal».

para los contratos de suministro y servicios, con la exclusión de los servicios de carácter intelectual(75) a los que ya se ha hecho referencia con anterioridad.

4. Promoción de la elaboración de pliegos-tipo

El artículo 54 del Real Decreto-ley 36/2020 solamente se refiere de modo genérico a que, con el fin de homogeneizar y agilizar los procesos de contratación por parte de los diferentes centros gestores, se promoverá la elaboración de pliegos-tipo de cláusulas técnicas y administrativas, correspondientes a los contratos a celebrar para la gestión de los fondos *Next Generation EU*, que incorporen todos los criterios verdes, digitales, de innovación, de potenciación de PYMES y de responsabilidad social que se consideren necesarios y estén amparados por la norma legal correspondiente.

Ante esa amplitud cabe indicar que podrá promoverse la elaboración de Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales (76), de PCAPS (77), de Pliegos de Prescripciones Técnicas Generales (78) (en lo sucesivo, PPTSG), y de PPTS (79).

Algunas Comunidades Autónomas (80) y entidades locales (81) ya han procedido a probar algunos pliegos.

5. Exoneración del régimen de autorización previa para celebrar determinados contratos

En este sentido, el artículo 49 excepciona la necesidad de contar con autorización previa del Consejo de Ministros, a tenor del artículo 324 de la LCSP, en el caso de la celebración de contratos y acuerdos marco que se financien con fondos *Next Generation EU*.

(75) Resolución del TACRC número 1595/2021, de 12 de noviembre, en la que analiza la doctrina del tribunal sobre la disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP sobre «Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo», es decir, sobre los «servicios de naturaleza intelectual por disposición legal».

(76) Artículo 121 de la LCSP.

(77) Artículo 122 de la LCSP.

(78) Artículo 123 de la LCSP.

(79) Artículo 124 de la LCSP.

(80) Por ejemplo:

– Aragón: <https://www.aragon.es/-/pliegos-tipo>

– Baleares: https://www.caib.es/sites/jcca/es/modelos_de_pliego_next_generation_2022/

– Canarias: http://www.gobiernodecanarias.org/hacienda/dgpatrimonio/Contratacion_Publica/contratacion_next_generation.jsp

– Cataluña: [https://contractacio.gencat.cat/ca/gestionar-contractacio/regulacio-supervisio/instruccions-directrius/index.html#googtrans\(ca%7Ces\)](https://contractacio.gencat.cat/ca/gestionar-contractacio/regulacio-supervisio/instruccions-directrius/index.html#googtrans(ca%7Ces))

(81) <https://cositalnetwork.es/observatorios/2/contenidos/675/modelos>.

6. Simplificación de los informes a solicitar en relación con determinados procedimientos de contratación

El artículo 50.2 del Real Decreto-ley 36/2020 establece, frente a lo señalado en el artículo 119.2 a) de la LCSP que señala un plazo de 5 o, excepcionalmente, de 10 días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes, que, en todo caso, en los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiarse con fondos *Next Generation EU*, el plazo, sin posible prórroga, será de 5 días.

7. Fijación del plazo máximo de vigencia de los contratos de carácter energético

En primer lugar, es curioso señalar que esta excepción al régimen general de los contratos públicos no fue mencionada dentro de la declaración programática que se hacía en el ya mencionado Apartado XIV del Preámbulo del Real Decreto-ley 36/2020.

El artículo 53 concreta una posibilidad que ya estaba reconocida en el artículo 29.4 párrafos 1 y 2 de la LCSP cuando, después de indicar que, en general, los contratos de suministro y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas y respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante, añade que, excepcionalmente, se podrá establecer un plazo de duración superior cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas 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 (82) en la prestación del suministro o 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.

En dicho sentido, el artículo 56 del Real Decreto-ley 36/2020 (83) señala que en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que se financien con cargo a fondos *Next Generation EU*, el período de recuperación de la inversión a que se refiere el artículo 29 de la LCSP, será calculado de acuerdo con lo previsto en dicho artículo así como con lo establecido en el Real Decreto 55/2017,

(82) Como señala el último inciso del párrafo segundo del artículo 29.4 de la LCSP, «El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario».

(83) *Guía Básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* realizada por la OIRES-CON con fecha 15 de junio de 2022, señala que «Estas medidas excepcionales, que constan en el artículo 56 del RDL 36/20, son de aplicación a todas las Administraciones Públicas, al no constar entre las disposiciones no básicas en la Disposición final primera de la norma».

de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, mediante el descuento de los flujos de caja esperados por el concesionario, si bien la tasa de descuento a aplicar en estos casos será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del estado a 30 años incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos (84).

Ahora esta posibilidad, que ya podía lograrse vía PCAPS, se fija para estos contratos y acuerdos marco en un plazo máximo de 10 años debiendo entenderse, lógicamente, que en dicho término quedarán incluidas las posibles prórrogas.

8. Agilización de los plazos de interposición y admisibilidad del recurso especial en materia de contratación

Lo primero que sorprende del artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020 es que indica expresamente que, en los contratos que vayan a financiarse con fondos *Next Generation EU* y que sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación (en lo sucesivo, REMC), los «procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica». Respecto de este aspecto, es preciso señalar, como se expondrá en esta obra a raíz de los comentarios relativos a la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, que, a pesar de que la realidad de algunas Administraciones Públicas sobre todo en el ámbito local es bien diferente, ya desde la entrada en vigor de dicha Ley resulta obligada la incorporación de medios electrónicos a los citados procedimientos (85).

Respecto a la agilización de los plazos, las excepciones se polarizan solamente en dos momentos:

– Plazo interposición:

El artículo 58.a) modifica para estos contratos el plazo de interposición, reduciendo el plazo para formalizar el contrato de los 15 días, que se han de respetar para el resto de contratos, a tenor del artículo 153.3, párrafo primero, de la LCSP, a 10 días naturales a partir del día siguiente a la notificación de la resolución de adjudicación del contrato, y fijándolo también en 10 días en lugar de los 15 hábiles que recoge el artículo 50.1, párrafo primero, de la LCSP.

Respecto del plazo de interposición, aparte de las dificultades que puede tener el recurrente para su correcta formulación en un plazo tan breve, existe un inconveniente

(84) El párrafo segundo del citado artículo 56 continúa señalando que «El instrumento de deuda y el diferencial anteriores que sirven de base al cálculo de la tasa de descuento podrán ser modificados por Orden de la Ministra de Hacienda previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, para adaptarlo a los plazos y condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público».

(85) Resolución del TACRC número 1200/2020, de 6 de noviembre, en la que analiza la doctrina del Tribunal basada en la Resolución número 1077/2018.

niente mucho más importante derivado de que el REMC puede fundarse, según dispone el artículo 50.2 de la LCSP, en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, c), d), e) o f) del artículo 39(86), en cuyo caso los plazos mucho más dilatados(87) se verían reducidos a unos exiguos 10 días naturales. El problema, desde luego, desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica no es menor.

– Plazo de admisión:

Resulta curioso que el artículo 58.b) del Real Decreto-ley 36/2020, cuando indica que el órgano competente para resolver el recurso habrá de pronunciarse expresamente, en el plazo de 5 días hábiles desde la interposición del recurso, sobre la concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad y sobre el mantenimiento de las medidas cautelares adoptadas, incluidos los supuestos de suspensión automática, está introduciendo una confusión procedimental que se opone directamente a lo previsto en la LCSP. Sin entrar en mayores detalles, a tenor de los artículos 55 a 57, desde la interposición del recurso solamente es posible que el tribunal se manifieste sobre las medidas cautelares solicitadas en el plazo de 5 días hábiles 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, pues la apreciación de la inadmisión del recurso por alguna de las causas del artículo 55 solamente será apreciada en sede de resolución en los términos previstos en el artículo 57 de la LCSP.

9. Creación de una nueva sección en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

Es preciso señalar que, del texto que fue aprobado y que dio lugar al Real Decreto-ley 36/2020, se cayó el artículo 62 del proyecto(88) que estaba dedicado a la

(86) En el derogado 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, constituía la llamada «cuestión de nulidad».

(87) Artículo 50.2: «No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el apartado 2, letras c), d), e) o f) del artículo 39, el plazo de interposición será el siguiente:

a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o 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.

b) En los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato».

(88) Artículo 62. Composición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:



«Composición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales». A pesar de ello, en el Apartado XII del Preámbulo, dedicado a comentar las especialidades en materia de contratación administrativa recogidas en el Capítulo III del Título IV, se sigue señalando la redacción prevista en el citado proyecto que hacía referencia a que «..., al tiempo que se crea una nueva sección en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para reforzar su composición».

10. Potenciación de la utilización de la figura de los encargos a medio propio

El artículo 55 del mencionado Real Decreto-ley 36/2020 dispone que para la aplicación de los fondos *Next Generation EU* los poderes adjudicadores y las entidades contratantes podrán organizarse ejecutando de manera directa, valiéndose de un medio propio (89), prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obra y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria. En estos casos, no será exigible la autorización del Consejo de Ministros previa a la suscripción de un encargo prevista en el artículo 32.6.c) de la LCSP.

Con relación a la subcontratación y sus límites por parte de las entidades identificadas como medios propios, se adopta una medida de carácter permanente (disposición final quinta) en el sentido de que el límite del 50 por ciento establecido en términos generales, no «será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información, así como a los que celebren los

«El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales estará formado por el Presidente, un mínimo de cinco vocales y el Secretario General, a los que será de aplicación el régimen jurídico previsto en el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo requiera, el número de vocales se incrementará mediante Real Decreto.

El Tribunal estará dividido en un mínimo de dos Secciones, que estarán presididas por el propio Presidente del Tribunal, quien podrá delegar el ejercicio de la función en uno de los vocales que integren la Sección, y formadas por uno o más vocales y el Secretario General.

El Presidente fijará mediante acuerdo el reparto de atribuciones entre las Secciones y el Pleno, así como la distribución de asuntos entre las Secciones».

(89) Señala el mencionado artículo 55, «..., valiéndose de un medio propio en aplicación de lo establecido en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, previo encargo a este, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, o al artículo 25 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, según proceda,...».

En todo caso, el órgano de contratación deberá indicar en el expediente los motivos que, con independencia de la forma de financiación de la actuación, justifiquen llevar a cabo una contratación conjunta. Se deberá garantizar, en todo caso, que las actuaciones cumplen con los principios horizontales y mecanismos de control del Plan (91).

c) *Participación de los interventores en los órganos colegiados competentes en materia de contratación*

1. Introducción

El PRTR en su Apartado 4.6, «Control y Auditoría», prevé la participación de los Interventores Delegados, junto con los servicios de asesoría jurídica, en los órganos colegiados de contratación. Efectivamente, se señala que «Los órganos de control interno, junto con los servicios de asesoría jurídica, forman parte de los órganos colegiados de contratación, responsables de la calificación y valoración de las ofertas presentadas por los licitadores y del adecuado desarrollo del procedimiento de contratación. Respecto de esta herramienta de control, se reforzarán las funciones en la verificación de los requisitos de publicidad de los contratos que permitan la concurrencia necesaria, así como la objetividad y trazabilidad de las decisiones de calificación y valoración de ofertas y las adjudicaciones. Además, se ocuparán de detectar *red flags* en el procedimiento de contratación que puedan ser reportadas a la Autoridad de Control para valoración y remisión, en su caso, a la Autoridad Responsable y, en su caso, al Servicio Nacional de Coordinación Antifraude de la IGAE».

Por todo lo anteriormente expuesto, adquiere un papel fundamental, con independencia de las funciones de control que les corresponden (92), que los Interventores Delegados participen en estos órganos colegiados de contratación con la finalidad de velar por la obligación de que los fondos correspondientes se utilicen de conformidad con las normas aplicables a nivel nacional y comunita-

(91) Disposición transitoria primera. Expedientes de contratación a los que no será de aplicación lo previsto en esta ley.

«Las especificidades en materia de contratación pública que establece la presente ley no serán de aplicación a los expedientes de contratación que se hubieran iniciado con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor. A estos efectos, se estará a lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para determinar si un expediente de contratación ha sido iniciado».

(92) Instrucción 1/2021, de 5 de mayo, de la Intervención General de la Administración del Estado sobre aplicación de las especialidades en materia de fiscalización e intervención previa que se establecen en el Real Decreto-ley 36/2020.

rio, en particular, en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

Para concretar esta participación y orientar la misma, se ha dictado la Instrucción del Interventor General de la Administración del Estado, de 19 de enero de 2022, relativa a la participación de los representantes de la IGAE en los órganos colegiados competentes en materia de contratación con ocasión de la tramitación de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del plan de recuperación, transformación y resiliencia.

2. Actuaciones de carácter general

Los Interventores Delegados tendrán en cuenta los siguientes criterios de actuación:

- Velarán por la correcta composición de los órganos colegiados de contratación, en los términos del artículo 323.4 y 326.5 LCSP (93).
- Se asegurarán del cumplimiento de la legalidad en los procedimientos de contratación, garantizando el cumplimiento de los principios rectores de la Contratación Pública recogidos en el artículo 1 de la LCSP.
- Se prestará especial diligencia en aquellos trámites relacionados con requisitos de publicidad y plazos para presentar ofertas, para resolver consultas y subsanaciones, garantizando así la concurrencia necesaria, y en las decisiones de calificación, valoración de ofertas, clasificación por orden decreciente y las adjudicaciones; puesto que son fundamentales para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

3. Indicadores de fraude y corrupción

Una bandera roja es un indicador de alerta de un posible fraude, corrupción o conflicto de intereses (94). Por ello, debe verificarse y supervisarse con la dili-

(93) Con fecha 8 de julio de 2021 la Oficina Nacional de Auditoría emitió una nota relativa a la composición de las mesas de contratación.

(94) A continuación, se hace referencia a tres documentos que versan sobre esta materia, y que proporcionan para conocimiento general:

- «Nota informativa sobre indicadores de fraude para el FEDER, el FSE y el FC (COCOF 09/0003/00-)-», que proporciona un listado orientativo de mecanismos e indicadores del fraude en la contratación y adquisición pública (Anexo 1): https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2009/cocof_09_0003_00_es.pdf
- «Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales. Guía práctica para los responsables de la gestión», que incluye un apartado dedicado a las banderas rojas en el procedimiento de contratación pública: <https://ec.europa.eu/sfc/sites/default/files/sfc-files/guide-conflict-of-interests-ES.pdf>.

gencia debida. A tal fin, se asegurará que el órgano colegiado de contratación toma las medidas adecuadas cuando detecte algún indicador o bandera roja (como, por ejemplo, que se comunica esta circunstancia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), y si se comunica a la Autoridad de Control, por ejemplo, que el órgano colegiado de contratación ha efectuado alguna comunicación al Servicio Nacional de Coordinación Antifraude o a la Fiscalía Europea en relación con un presunto fraude, corrupción o cualquier otra ilegalidad que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea.

Para llevar a cabo dicho control, en el ámbito de la citada Orden HFP/1030/2021 que se refiere a las directrices y protocolos del Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, se ha aprobado por este, con fecha 24 de febrero de 2022, la «Guía para la aplicación de medidas antifraude en la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia».

4. Obligaciones e indicadores con respecto al conflicto de intereses

La prevención, detección y corrección de los conflictos de intereses reviste una importancia fundamental en la ejecución del PRTR.

El Interventor Delegado debe velar porque se apliquen estas medidas previstas en la normativa, comunicando a la Oficina Nacional de Auditoría de la IGAE si no se realiza una manifestación de Ausencia de Conflicto de intereses de los intervinientes en los procedimientos para cada contrato en cuestión, o si se produce una manifestación de conflicto de intereses o se ha promovido recusación y el órgano colegiado de contratación no dispone o no pone en marcha el procedimiento previsto al efecto.

5. Comunicación y seguimiento

Para asegurarse la obtención de información sobre los indicadores de fraude y corrupción y de posible concurrencia de conflicto de intereses, el Interventor Delegado deberá solicitar información al respecto dirigiéndose directamente al órgano colegiado de contratación o solicitando la inclusión de un punto en el orden del día de las sesiones para que se informe sobre estas circunstancias.

– «Fraude en la contratación pública. Recopilación de indicadores de alerta y mejores prácticas (Ref.: Ares (2017) 6254403, de 20/12/2017)(OLAF)»: [tps://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/fondos-europeos/fraude-en-la-contratacion-publica_tcm30-501388.pdf](https://www.mapa.gob.es/es/pesca/temas/fondos-europeos/fraude-en-la-contratacion-publica_tcm30-501388.pdf)

Segunda Parte

ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

1. INTRODUCCIÓN

Respecto del ámbito de aplicación objetivo, el artículo 2 de la LCSP resalta las siguientes características predicables de los contratos del Sector Público:

- En todo contrato de esta naturaleza debe estar presente la nota de la «onerosidad de las prestaciones» que se intercambian entre las entidades contratantes (Poder Adjudicador Administración Pública, Poder Adjudicador No Administración Pública, No Poder Adjudicador) y los contratistas.

El segundo párrafo del artículo 2.1 de la citada Ley señala que «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».

Dicho precepto es transposición del artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/UE que dispone que son contratos públicos «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios», y que recoge el mismo contenido que se establecía en el artículo 1.2.a) de 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 suministros y de servicios (en lo sucesivo, Directiva 2004/18/CE).



- Así mismo, estarán sujetos a la LCSP, en los términos que en ella se señalan, los contratos SARA, que celebren personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 23, cuando hubieran sido subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores (Poder Adjudicador Administración Pública, Poder Adjudicador No Administración Pública).
- Para identificar las prestaciones que son objeto de los contratos regulados en la LCSP, en los PCAPS y, en su caso, en los anuncios de licitación, se utilizará el Vocabulario Común de Contratos Públicos o la normativa comunitaria que le sustituya.

En relación con al artículo 2.4 de la LCSP, que se remite, a los efectos de identificar las prestaciones que son objeto de los contratos regulados en esta Ley, al Reglamento (CE) número 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario Común de Contratos Públicos (en lo sucesivo, CPV), la JCCPE (95), aunque analiza específicamente la manera de identificar los servicios especiales a que se hace referencia en el Anexo IV, a efectos de la aplicación de un régimen específico contenido en los artículos 22.1.c), 135.5 y la disposición trigésima sexta de la LCSP, establece una pauta interpretativa sobre el alcance que debe darse a las referencias que se deducen de dichos códigos CPV. Así, señala lo siguiente:

En primer lugar, la identificación se realiza, en efecto, por referencia a códigos CPV acompañada de una somera descripción de los servicios, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4 de la LCSP que no hace sino trasponer lo dispuesto en el artículo 23.1 de la Directiva 2014/24/UE.

La estructura de dichos códigos se explica en el Anexo I del citado Reglamento (CE) número 2195/2002, de modo que el vocabulario principal es de naturaleza arborescente ya que el código numérico incluye ocho dígitos y se subdivide en:

- Divisiones, identificadas por los dos primeros dígitos del código (XX000000-Y).
- Grupos, identificados por los tres primeros dígitos del código (XXX00000-Y).
- Clases, identificadas por los cuatro primeros dígitos del código (XXXX0000-Y).
- Categorías, identificadas por los cinco primeros dígitos del código (XXXXX000-Y), más tres últimos dígitos que aportan un grado mayor de precisión dentro de cada categoría (XXXXXX000-Y).

Respecto de dicha naturaleza arborescente se plantea si cada división engloba todos los grupos, clases y categorías contenidos en las mismas, o si, por el contrario, únicamente alcanza a aquellos contratos que hayan sido asignados a dicha

(95) Informe número 30/2020.

división por no poderse encuadrar en ninguno de sus grupos, clases y categorías. La JCCPE se inclina por esta segunda postura por las siguientes razones:

- Porque la propia Directiva 2014/24/UE explica que esta es la exégesis adecuada por razones de seguridad jurídica (Considerando 119).
- Porque se establece que la elección del código debe responder a las necesidades del contrato «con la mayor precisión posible», para lo cual deberá acudirse primero a los códigos que más específicamente respondan al contenido de la prestación. La utilización de códigos generales o una combinación de códigos se recomienda, de modo supletorio, cuando no exista ningún código específico que resulte adecuado.

De este modo, si los servicios son susceptibles de ser identificados en códigos correspondientes a grupos, clases y categorías no incluidos en el Anexo IV, aunque pudiera encontrarse su encaje en una división que sí se recoja en este, es preciso señalar que la aplicación del código más preciso determina que el servicio en cuestión no pueda ser considerado un servicio especial, quedando excluido de la aplicación de las consecuencias jurídicas determinadas en la LCSP para los servicios y códigos mencionados expresamente en el citado Anexo IV.

Por el contrario, solo en los casos en que un servicio no fuera susceptible de ser incluido en los códigos más precisos y concretos, el mismo podría ser incardinado en el más genérico, que adquiere así una función propia como categoría residual del resto.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

A. Onerosidad

Respecto a la señalada nota de la «onerosidad de las prestaciones» que, como ya se ha indicado, resulta imprescindible que concurra para que pueda hablarse de la existencia de un Contrato Público, se ha planteado si dicha nota resulta coincidente o no con la necesaria obtención de beneficio por parte del contratista. Así, cabe señalar que, de las Directivas y de la interpretación que de las mismas realiza el TJUE, se deduce una respuesta negativa a dicha cuestión, es decir, que la «onerosidad» no ha de coincidir necesariamente con la presencia ineludible de un beneficio económico por parte del contratista (96).

(96) Resolución del OARC número 118/2016.

Así, a tenor del considerando 77 de la STJUE de 12 de julio de 2001, el carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que corresponde al poder adjudicador, mientras que la obtención de un beneficio puede ser entendida de distintas maneras; así, del mismo modo que el concepto de «operador económico» de la Directiva 2004/18/CE debe interpretarse en el sentido de que permite participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de un lucro (considerando 45 de la STJUE de 23 de diciembre de 2009,), nada impide, como dice el Abogado General en las conclusiones de la STJUE de 18 de enero de 2007, que, en tiempos de escasez de encargos, incluso empresas privadas pueden estar interesadas en aceptar encargos de los que no esperan obtener ningún beneficio, o, en su caso, solo un beneficio muy pequeño, para poder, al menos, así cubrir mejor los costes fijos. Por consiguiente, cabe concluir que concurre la nota de onerosidad en aquellas ofertas de las que se deriva la obtención de cualquier tipo de beneficio, no únicamente el económico.

De acuerdo con lo señalado, un contrato puede calificarse de «contrato oneroso», en el sentido del artículo 2.1.5) de la Directiva 2014/24/UE, si, aunque el poder adjudicador no se obliga a proporcionar ninguna contrapartida a la otra parte contratante que presenta una oferta a cero euros, esta última obtiene, merced al contrato, acceso a un nuevo mercado o a nuevos usuarios, consiguiendo por tanto referencias, lo que para ella puede representar una innegable ventaja económica futura.

En relación con esta nota, resulta muy interesante analizar si se produce el necesario y característico intercambio patrimonial entre las partes que comporta la formalización de un contrato administrativo. Respecto a dicho aspecto, cabe concluir que no participa de la naturaleza de un negocio jurídico oneroso sometido a los principios y normas de la Contratación Pública el supuesto, por ejemplo, del procedimiento que determina los medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo, y que se realizará mediante convocatorias públicas para la selección del medicamento, atendiendo al menor coste final de la prescripción, que luego deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando se presente una receta médica u orden de dispensación, ya que, en dicho sistema, el titular de la oficina de farmacia es quien adquiere los medicamentos que suministra el laboratorio, sin perjuicio de la repercusión de la financiación pública del precio del medicamento, que es una cuestión distinta y ajena al sistema de convocatoria pública (97). En este sentido, la convocatoria inicial no

(97) Es el caso del sistema instaurado por la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, en virtud de la cual el Servicio Andaluz de Salud suscribe convenios con los laboratorios farmacéuticos o las empresas proveedoras de productos sanitarios seleccionados, con un plazo de vigencia no superior a dos años (artículo 60 quáter de la Ley 22/2007), una vez celebrada la convocatoria pública.



integra un procedimiento de licitación, en los términos que se configuran en la legislación de contratos del sector público, toda vez que únicamente se trata de una convocatoria pública que estimula la competencia y permite abaratar costes de la facturación farmacéutica, siempre que el abastecimiento esté garantizado. Se trata, en definitiva, ante la expresión de medidas de intervención administrativa, por razones de interés general, en un sector, como la dispensación de medicamentos y productos sanitarios, que justifica la intensidad de la acción administrativa por la potente presencia de interés general que se concreta en los bienes jurídicos concernidos, como la salvaguarda de la salud de los ciudadanos (98). Teniendo en cuenta que la prescripción y dispensación de medicamentos «es un aspecto esencial de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad» [Sentencia del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, STC) 210/2016].

B. Carácter sinalagmático

En relación con dicha cuestión, la STJUE de 10 de septiembre de 2020, señala que, según la jurisprudencia del TJUE, del sentido jurídico habitual del término «oneroso» se desprende que hace referencia a un contrato en virtud del cual cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación (99). Ello supone que el contrato ha de contar con un contenido «sinalagmático» como característica esencial del mismo (100).

No obstante, nada impide que la contraprestación no deba necesariamente consistir en el pago de una cantidad de dinero (101), aunque no es menos cierto que el carácter sinalagmático de un contrato público se traduce necesariamente en la creación de obligaciones jurídicamente vinculantes para cada una de las partes, cuyo cumplimiento debe poder reclamarse judicialmente (102).

De ello se deduce que, para que pueda hablarse de «contrato oneroso», es preciso que el poder adjudicador esté obligado jurídicamente a realizar alguna prestación como contrapartida de la prestación que la otra parte contratante se haya

(98) STS de 15 y 16 de junio de 2021, cuya doctrina ha sido reiterada en las SSTS de 11 de noviembre de 2021, de 25 de noviembre de 2021, y de 22 de diciembre de 2021.

(99) STJUE de 18 de octubre de 2018, *IBA Molecular Italy*.

(100) SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, *Remondis*, de 28 de mayo de 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, y de 18 de junio de 2020, *Porin kaupunki*.

(101) SSTJUE de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, y otros, de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock*, y de 18 de octubre de 2018, *IBA Molecular Italy*.

(102) STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*.

obligado a realizar. No basta con que para el adjudicatario pudiera tener un valor económico, siendo suficiente con que le de, por ejemplo, acceso a un nuevo mercado o le permita conseguir nuevas referencias.

En relación con dicha nota característica de los contratos públicos, resulta interesante el análisis realizado por el TJUE (103) respecto a la figura del contrato de servicios que, a tenor del artículo 308.1 de la LCSP, tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada, si así se hubiese establecido en los pliegos, la cesión de este a la Administración contratante, y que, aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público. Se trataba, como se va a analizar más adelante en esta obra, de una cuestión prejudicial, planteada por un tribunal alemán, centrada en si constituye un contrato público, en el sentido de la Directiva 2014/24/UE [Considerandos 31 y 33, y artículos 2.1, punto 5, y 12.4, a) a c)], la cesión de «software» acordada por escrito entre dos organismos de la Administración pública y vinculada a un convenio de cooperación existente entre ambas, habida cuenta de que, aunque la entidad cesionaria no debe pagar ni precio ni compensación de costes, sin embargo, el convenio de cooperación vinculado a dicha cesión del «software» dispone que cada una de las partes y, por tanto, también la entidad cesionaria, debe poner a disposición de la otra parte gratuitamente cualesquiera nuevos desarrollos futuros, si bien no obligatorios, de dicho «software». Además, acontece que, en este caso, la adquisición del «software básico» implica que los futuros contratos por los que se celebren futuros desarrollos se adjudicarán al mismo operador, dado que solo él estará en posición de adaptarlo y de garantizar su mantenimiento y servicio técnico.

Finalmente concluyó que se estaba en presencia de un contrato público, incluido en el artículo 2.1, punto 5, de la Directiva 2014/24/UE que dispone que son contratos públicos «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios». Para llegar a dicha conclusión, se fija en la finalidad global de la operación diseñada para valorar si se ha celebrado a título oneroso e implica, por tanto, que el poder adjudicador que celebra un contrato público reciba en virtud de este, mediante una contrapartida, una prestación que debe comportar un interés económico directo para ese poder adjudicador, y que debe tener carácter sinalagmático, constituyendo este rasgo una característica esencial de los contratos públicos (104). Por tanto, hay que analizar caso a caso si el conjunto contractual (en la

(103) STJUE de 28 de mayo de 2020.

(104) SSTJUE de 10 de noviembre de 2005 y de 21 de diciembre de 2016.

cuestión prejudicial analizada, el contrato de cesión del «software» y el contrato de cooperación), tiene carácter sinalagmático pues en caso afirmativo, como era el caso, habría que considerar que se trata de un verdadero contrato público.

C. Tratamiento de las ofertas anormalmente bajas

De acuerdo con lo señalado, como ya se analizará en esta obra, hay que actuar como mucha prudencia antes de descartar una oferta que, en principio, presentan valores anormales o desproporcionados.

En ningún caso, a juicio de los autores de esta obra, una oferta de esta naturaleza, incluso de importe cero (105), no puede afectar a la naturaleza del propio contrato sino que debe calificarse como una oferta anormalmente baja en el sentido del artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE (artículo 149 de la LCSP), por lo que el poder adjudicador debe seguir el procedimiento previsto en el citado artículo, pidiendo al licitador explicaciones en cuanto a la cuantía de la oferta, con pleno respeto de los principios de igualdad y de no discriminación entre los licitadores, así como de transparencia y proporcionalidad, principios que se imponen a la entidad adjudicadora, de conformidad con el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE.

La consideración de que no se tratara de un «contrato oneroso», en los términos ya analizados, no puede servir, por sí misma, para justificar el rechazo de dicha oferta.

3. EXCLUSIÓN POR TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 4 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

A propósito del ya analizado artículo 2.1 de la LCSP, es preciso comentar la STJUE, de 18 de junio de 2020, en la que se analiza la decisión planteada por un Tribunal nacional en relación a si un convenio, por el cual una serie de municipios confiaban a uno de ellos la gestión del transporte público («municipio responsable»), debía de quedar fuera del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 2004/18/CE debido a que constituye una transferencia de competencias (aspecto extensivo a la vigente Directiva 2014/24/UE pues, como ya se ha hecho referencia, su redacción coincide materialmente con el concepto de contrato público), a efectos del artículo 4.2 del TUE, tal como ha sido interpretado en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*Remondis*, C-51/15), o una coopera-

(105) STJUE de 10 de septiembre de 2020.

ción entre poderes adjudicadores no sometida a la obligación de licitación, con arreglo a la STJUE de 13 de junio de 2013 (*Piepenbrock*, C-386/11).

En relación con dicha cuestión prejudicial, el Tribunal concluye que la autoridad destinataria de dichas competencias («municipio responsable») debe ser considerada forzosamente el poder adjudicador respecto a esa función, debe serlo respecto de todo el territorio de los municipios parte en el convenio, pero no debe considerarse que se trate de un «contrato público» a los efectos de la normativa comunitaria por las siguientes razones:

- Porque, como observó la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartados 40 y 41, el reparto de las competencias dentro de un Estado miembro disfruta de la protección conferida por el artículo 4.2 del TUE, según el cual la Unión debe respetar la identidad nacional de los Estados miembros, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Dicho procedimiento, que puede tomar la forma de transferencias voluntarias de competencias entre autoridades públicas, tiene por consecuencia que una autoridad anteriormente competente se libere de la obligación y la potestad para ejercitar/desempeñar una función pública determinada, mientras que a otra autoridad se le confie en adelante esa obligación y esa potestad.
- Porque de los apartados 42 a 44 de la mencionada STJUE de 21 de diciembre de 2016, también se desprende que tal transferencia de competencias no reúne todos los requisitos establecidos por la definición del concepto de «contrato público». En efecto, solo un contrato celebrado a título oneroso puede constituir un contrato público, en el sentido ya resaltado con anterioridad, no concurriendo en el caso de transferencia de competencias por la sencilla razón de que, el hecho de que una autoridad pública deje de ser titular de una competencia que tenía atribuida anteriormente, haga emerger automáticamente un interés económico en la realización de las funciones que corresponden a dicha competencia.
- Porque para poder calificar de acto de organización interna, comprendido en el artículo 4.2 del TUE, como una transferencia de competencias entre autoridades públicas, es necesario que la autoridad pública a la que se atribuye una competencia tenga la facultad de organizar el cumplimiento de las funciones inherentes a dicha competencia, así como de establecer el marco normativo de esas funciones, y que disponga de una autonomía financiera que le permita garantizar su financiación. Así pues, la autoridad inicialmente competente no puede conservar la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, ni reservarse el control financiero de estas, ni aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se adhirió. Por tanto, una transferencia de competencias presupone que la autoridad pública que resulta ahora



competente ejerza dicha competencia de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad (STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartados 49 y 51).

- Porque la autonomía de actuación de la autoridad pública, a la que se atribuye una competencia, no implica que la entidad que resulta ahora competente deba sustraerse a toda influencia de cualquier otra entidad pública. En efecto, una entidad que transfiere una competencia puede conservar cierta facultad de supervisión de las funciones relacionadas con el servicio público así transferido. No obstante, tal influencia, que puede ejercerse a través de un órgano, como una junta general compuesta por representantes de las entidades territoriales anteriormente competentes, excluye, en principio, toda injerencia en la forma concreta de cumplimiento de las funciones comprendidas en la competencia transferida (STJUE de 21 de diciembre de 2016, apartado 52).



Tercera Parte

METODOLOGÍA DE LA LEY

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se implementó una metodología en la normativa de contratos públicos que hasta ese momento era totalmente diferente (106).

(106) Señalábamos en nuestra obra *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, publicada también por el BOE en el año 2018, lo siguiente que sigue siendo aplicable a la propia LCSP: «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”.

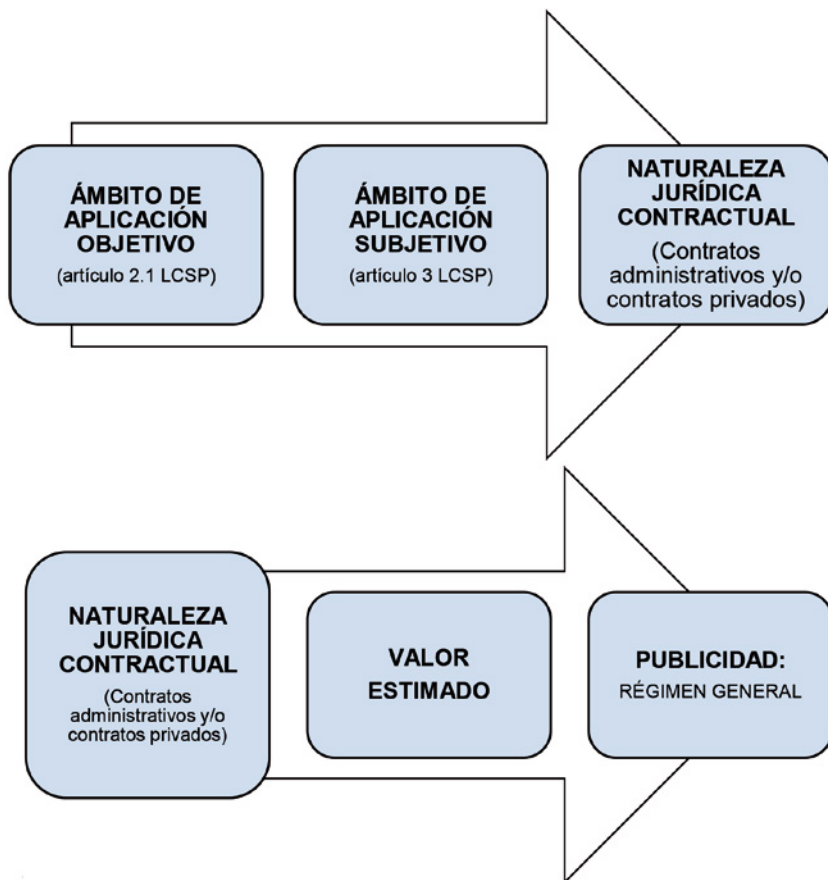
De inmediato surge la pregunta obligada: ¿Es realmente así?

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, 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 diferenciar 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».



A partir de ese momento, se abrió camino una nueva metodología que se basa en el análisis de la naturaleza jurídica, a los efectos de la LCSP, de las entidades adjudicadoras, en la diferente tipología de contratos que pueden celebrar cada una de ellas (contratos administrativos y/o contratos privados), en el concepto de «valor estimado» de cada contrato, para, a partir de dichas premisas, calificar los contratos como SARA o NO SARA a los efectos de la aplicación, con carácter general, de los principios de publicidad y concurrencia.

Este planteamiento metodológico de la LCSP se corresponde con el siguiente esquema:



A continuación, se van a analizar cada uno de estos aspectos que componen la nueva metodología que establece la LCSP.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

Como ya se ha señalado en la Segunda Parte de esta obra, para que exista un contrato público se ha de tratar de un «contrato oneroso», en el sentido no estrictamente económico sino entendido como vehículo a través del cual ambas partes por medio de sus respectivas prestaciones obtienen algún tipo de beneficio, y de «naturaleza sinalagmática».

De este modo, si el contrato celebrado por una entidad adjudicadora que forma parte del Sector Público a los efectos de la LCSP reúne estas condiciones, se estará ante un contrato público.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

A. Sector público

a) *Modelo propio*

Señalábamos en nuestra obra *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público* (107), lo siguiente:

«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 pro-

(107) CANALES GIL, A., y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid, 2018.

pio de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, 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 diferenciar 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».

Por tanto, a juicio de los autores de esta obra, ya no puede afirmarse que la LCSP siga con la claridad meridiana con que lo hacía el TRLCSP un esquema heredado de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en lo sucesivo, LGP), que incluía en su artículo 3.2.b) el contenido que sigue vigente del artículo 3.1.b) de la LGP, sino que habrá necesariamente que afirmar que ha adoptado un modelo más instrumental y, por tanto, menos directo y claro, por las razones que a continuación se van a realizar, para, sobre él, distinguir dentro del ámbito de aplicación subjetivo, entre Poder Adjudicador Administración Pública, Poder Adjudicador No Administración Pública, y No Poder Adjudicador.

b) Contenido

La LCSP, en su artículo 3.1, enumera lo que, a sus efectos, forma parte del Sector Público:

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (108) y las Entidades que integran la Administración Local.
- Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- Los Organismos Autónomos.
- Las Universidades Públicas.
- Las autoridades administrativas independientes.

Se trató de una incorporación efectuada por la LCSP que, de este modo, modificó la redacción del artículo 3.1.c) del TRLCSP, en el sentido de introducir la referencia a las «autoridades administrativas independientes», a tenor

(108) La LCSP incorporó 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.

de lo previsto en el Capítulo IV de la LRJSP. De este modo, se suprimieron 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 (109).

Respecto de las agencias estatales, es preciso señalar que, aunque fueron suprimidas desde la entrada en vigor de la LRJSP, han sido nuevamente incluidas en la misma por la nueva redacción que, con efectos de 1 de enero de 2021, dio la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (110) al artículo 84 de la citada Ley.

- Los 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.
- Las fundaciones públicas.

En la LCSP se incluyó, en el artículo 3.1.e), la expresa referencia a la naturaleza jurídica «pública» de las fundaciones que conforman el Sector Público, y se incorporó 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, al señalar que, a efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

- Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el Sector Público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

(109) 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 (artículo 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.

(110) Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

- Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del Sector Público con carácter permanente.
- Que la mayoría de los derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del Sector Público.

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 artículo 3.1.e) de la LCSP sí posee tal carácter. Esta circunstancia, sin duda, podría ocasionar problemas a la hora de la aplicación del citado artículo 3.1.e) 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.

- Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- Las 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.
- Las sociedades mercantiles (111) en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del artículo 3.1 de la LCSP sea superior al 50 por ciento, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.
- Los fondos sin personalidad jurídica.
- Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas con anterioridad.
- Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.
- Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al Sector Público financien mayoritariamente su actividad,

(111) En este apartado h) del artículo 3.1 de la LCSP se introduce, respecto de las sociedades mercantiles estatales, el contenido previsto en el artículo 111.1 de la LRJSP. Sin embargo, al igual que lo que se ha señalado a propósito del apartado e), relativo a las fundaciones públicas, 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.

controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. En este artículo 3.1.j) de la LCSP se recoge el concepto de «organismo de derecho público», acuñado por el Derecho Comunitario de la Contratación Pública (artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE), que es el que le sirve al Legislador para dirimir, al amparo de lo señalado en el artículo 3.3.d), si una entidad, que forma parte del Sector Público, pero que, a los efectos de la Ley, no se encuentra incluida en el artículo 3.2 (Administraciones Públicas), será considerada Poder Adjudicador No Administración Pública o No Poder Adjudicador.

B. Poder adjudicador Administración Pública

a) Concepto

Una vez pormenorizado el contenido del Sector Público recogido en el artículo 3.1 de la LCSP, el Legislador entra a resaltar, en el artículo 3.2 y 3 y en la disposición adicional cuadragésima cuarta (112), las entidades que serán consideradas Poder Adjudicador Administración Pública y las que, a pesar de no estar incluidas en el citado artículo 3.2 (Administraciones Públicas, a los efectos de la LCSP), sin embargo, cumpliendo los requisitos del concepto comunitario de «organismo de derecho público» que se recogen en el artículo 3.3.d) de la Ley, sí serán Poder Adjudicador aunque no sean Administraciones Públicas.

El artículo 3.2 realiza dos acciones, por un lado, especifica aquellas entidades que, entre las que forman parte del Sector Público a tenor del artículo 3.1, van a tener la consideración, a los efectos de la LCSP, de Administraciones Públicas, y por otro, establece un criterio interpretativo, incluido en el artículo 3.1.b), en base al cual habrá que determinar si las entidades, que no se mencionan expresamente en el 3.2 a), tienen el carácter de Administraciones Públicas.

(112) Disposición adicional cuadragésima cuarta. Régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos. «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 ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas. Asimismo, los órganos competentes de las Cortes Generales establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el Capítulo V del Título I del Libro I de esta Ley, respetando las condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad previstas en el artículo 45 de la presente Ley».

Por la primera vía, de mención expresa de algunas entidades, el artículo 3.2.a) de la LCSP cita las siguientes:

- La 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.
- Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- Los Organismos Autónomos.
- Las Universidades Públicas.
- Las autoridades administrativas independientes.
- Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

Por la vía del criterio interpretativo, que se recoge en el artículo 3.2.b) de la LCSP, habrá de confrontar cada entidad, no expresamente citada en el artículo 3.1.a), con el cumplimiento de las siguientes condiciones acumulativas:

- Que se trate de 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 [artículo 3.1.d) de la LCSP], y de otras entidades de derecho público, distintas a las mencionadas expresamente en el artículo 3.1.a), es decir, fundaciones públicas, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, Entidades Públicas Empresariales, sociedades mercantiles, fondos sin personalidad jurídica, y asociaciones.
- Que reúnan la triple condición de «organismo de derecho público» del Derecho Comunitario de la Contratación Pública [artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE], que se recoge en el artículo 3.1.j) y se reitera en el artículo 3.3.d) de la LCSP para que las entidades públicas puedan ser consideradas poder adjudicador. Dicho concepto se fundamenta, también, en el cumplimiento de las siguientes condiciones acumulativas:
 - Que se trate de entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general,
 - Que no tengan carácter industrial o mercantil,
 - Que uno o varios sujetos pertenecientes al Sector Público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- Que estén vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas.

- Que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

Respecto de esta última condición, se fundamenta la afirmación, ya realizada en esta obra, sobre el cambio a un modelo más instrumental y, por tanto, menos directo y claro, respecto al previsto en el TRLCSP. Ahora, como ya se ha indicado, para conocer si una entidad, que no se encuentra citada expresamente en el artículo 3.2.a) de la LCSP, habrá que entrar a dilucidar una cuestión nada sencilla, si la entidad no se financia mayoritariamente con ingresos de mercado, entendiendo que sí lo hace «cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas».

Es preciso señalar que dicho remisión, aparte de no venir impuesto por ninguna de las Directivas que se transponen por la LCSP (113), ocasiona una dificultad creciente en la determinación de si una entidad, por ejemplo, debería de estar

(113) 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 estas, y se revisan los requisitos que han de cumplir las unidades públicas para que puedan ser consideradas como unidades de mercado.



contratando como un Poder Adjudicador Administración Pública, es decir, en el régimen de vinculación más intensa al Derecho Administrativo, y, por cualquier circunstancia, lo estuviera haciendo, en un fenómeno de «Huida del Derecho Administrativo», como un Poder Adjudicador Administración Pública o como un No Poder Adjudicador.

A juicio de los autores de esta obra, en principio, esta dificultad no debería ser muy importante si la entidad se encuadra en el ámbito de la Administración General del Estado, toda vez que el órgano de control interno, la IGAE, mantiene actualizado el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal en virtud del cual, sobre las condiciones previstas en el artículo 3.1.b) de la LGP y aunque instrumentalmente se fundamente su criterio sobre el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea (en lo sucesivo, SEC 2010), tiene clasificadas perfectamente, a efectos de dicho control, qué entidades cumplen dicha condición y, por tanto, quedan integradas en el Sector Público Estatal Administrativo, y cuáles no y, en consecuencia, se implementarían dentro del Sector Público Estatal Empresarial.

En el caso de las entidades que se integren dentro del Sector Público Autónomo y Local, da la impresión que, en algunos casos, esa labor de aplicación de la condición recogida en el artículo 3.2.b) de la LCSP, consistente en que la entidad tenga o no la consideración de productor de mercado de conformidad con el SEC 2010, puede resultar mucho más dificultosa. Podría darse el caso, verdaderamente indeseado, de que una entidad estuviese siendo controlada como Sector Público Administrativo y, sin embargo, pudiera no querer contratar, interesadamente, como Poder Adjudicador Administración Pública.

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».



b) Naturaleza contractual

Las entidades, que tengan la condición de Poder Adjudicador Administración Pública, serán las únicas que podrán celebrar contratos administrativos. El artículo 25.1.a) de la LCSP dispone que tendrán carácter administrativo, siempre que se celebren por una Administración Pública, los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministros (salvo aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos) y servicios [a excepción de los que tengan por objeto servicios financieros (114), y los de creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos (115)].

Por su parte, el artículo 25.1.b) establece que serán contratos administrativos especiales aquellos que sean declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

El artículo 25.2 de la LCSP dispone en cuanto a su régimen jurídico que los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

Además de los contratos administrativos ya señalados, los Poderes Adjudicadores Administraciones Públicas podrán celebrar contratos privados. El artículo 26.1.a) de la LCSP dispone que tendrán la consideración de contratos privados los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto al de los contratos administrativos citados en el artículo 25.1.a) y b).

En cuanto al régimen jurídico de estos contratos privados la LCSP distingue dos supuestos. Por un lado, en los contratos privados en general, respecto de los cuales el artículo 26.2, párrafo primero, señala que se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las previstas para los contratos administrativos en la LCSP y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado. En lo que res-

(114) CPV de 66100000-1 a 66720000-3.

(115) CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.



pecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado. Por otro lado, en el caso de contratos privados cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, y los servicios financieros y los de creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, les resultarán de aplicación lo previsto en la LCSP respecto a la «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos» (Libro Primero), y a la preparación y adjudicación de los contratos (Libro Segundo), y, en cuanto a los efectos y extinción, las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato sea SARA.

C. Poder adjudicador no Administración Pública

a) Concepto

Como ya se ha señalado, las entidades que por la vía del artículo 3.2.a) (mención expresa) o por la vía del artículo 3.2.b) de la LCSP (criterio interpretativo) no puedan ser consideradas Poder Adjudicador Administración Pública deberán someterse, salvo que por imperio de la propia Ley se establezca que serán en todo caso Poder Adjudicador No Administración Pública (caso de las fundaciones públicas, artículo 3.3.b); de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (116), artículo 3.3.c); de las asociaciones, artículo 3.3.e); de los partidos políticos, de las organizaciones sindicales y empresariales y asociaciones profesionales, así como de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos en los términos previstos en el artículo 3.4); y de las corporaciones de derecho público, artículo 3.5), al cumplimiento de los requisitos acumulativos, ya indicados, del concepto de «organismo de derecho público» acuñado por el Derecho Comunitario de la Contratación Pública (artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE).

(116) Resolución del TACRC número 313/2021, de 31 de marzo, declara que Asepoyo, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social número 151 es Poder Adjudicador No Administración Pública. Respecto a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y a la aplicación del Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, véase el Informe de la JCCPE número 15/2021, a consulta elevada por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo.

Estos requisitos, que se recogen en el artículo 3.1.j) y 3.3.d) de la LCSP, son los siguientes:

- Que se trate de entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general,
- Que no tengan carácter industrial o mercantil (117),

(117) Véanse las siguientes SSTJUE:

- 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 Staatsdruckerei*, 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 *ÖS*, 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 este 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 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



- Que uno o varios sujetos pertenecientes al Sector Público financien mayoritariamente su actividad (118), controlen su gestión, o nombren a más 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)».

(118) Véanse las siguientes SSTJUE:

- 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».



la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (119).

– 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 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».

(119) STJUE 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/CE (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».



De este modo, las entidades que cumplieran dichas condiciones serán Poder Adjudicador No Administración Pública, mientras que las que no lo hicieran serán No Poder Adjudicador.

b) Naturaleza contractual

Las entidades que tengan la naturaleza jurídica, a los efectos de la LCSP, de Poder Adjudicador No Administración Pública, solamente podrán 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 contratos SARA (120).

De este modo, las alternativas, en las que podrían llegar a encontrarse los contratos que celebrara un Poder Adjudicador No Administración Pública, podrían ser las siguientes:

– 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 (obras, concesión de obras, concesión de servicios, servicios y suministros) desarrollados por un Poder Adjudicador Administración Pública a los efectos de la LCSP (artículos 13 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 al régimen de los contratos SARA 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 la regulación de los contratos SARA porque su valor estimado superara el correspondiente umbral comunitario, 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 un Poder Adjudicador Administración Pública (121).
- Que el contrato privado fuera típico y que no estuviera sujeto a la regulación de los contratos SARA porque su valor estimado no superara el

(120) Actualmente, hasta el 31 de diciembre de 2023, rigen los umbrales recogidos en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre).

(121) Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCSP.

correspondiente umbral comunitario. En este caso, la LCSP en su artículo 318 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, 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 (5.382.000 euros cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 140.000 (122) o a 215.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros celebrados o no por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, 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 un Poder Adjudicador Administración Pública (123).

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 adjudicar un contrato público por procedimiento negociado sin publicidad por alguna causa material distinta de las recogidas en el artículo 168? Evidentemente, no.

- Que su valor estimado fuera inferior al previsto para los contratos menores, a tenor de lo previsto en el artículo 118.1 de la LCSP (40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, 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 adju-

(122) 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.

(123) 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 JCCPE de 28 de febrero de 2018.

dicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato (124).

- 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 (obras, concesión de obras, concesión de servicios, servicios y suministros) desarrollados por un Poder Adjudicador Administración Pública a los efectos de la LCSP (artículos 13 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 un Poder Adjudicador No Administración Pública.

- En relación con los efectos y extinción de los contratos privados celebrados por un Poder Adjudicador No Administración Pública, el artículo 319 de la LCSP dispone que se regularán por el Derecho Privado, salvo en determinados aspectos que expresamente especifica.

Respecto al mencionado artículo es preciso, a juicio de los autores de esta obra, dejar perfectamente clarificado que, en los términos en los que está redactado el artículo 319 no existe ningún impedimento jurídico, para que dichas entidades contratantes apliquen, siempre que convenga a sus intereses y sea compatible con la naturaleza jurídico-privada de los contratos que celebre, otros extremos de la LCSP mediante remisión a ellos o, en su caso, adaptación a los mismos (125).

(124) 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 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».

(125) Instrucción de la Abogacía General del Estado 3/2005, de 21 de julio, sobre contratación de sociedades estatales y fundaciones del sector público estatal.



Los aspectos, a los que se refiere el artículo 319.1 de la LCSP en orden a que se aplique lo previsto en la citada Ley, son los siguientes:

- Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (artículo 201).
- Condiciones especiales de ejecución (artículo 202).
- Supuestos de modificación del contrato (artículos 203 a 205).

De acuerdo con ello, cuando las modificaciones se hayan previsto en los PCAPS, se encuentran sometidas a la limitación del 20 por ciento del precio inicial del contrato que dispone el artículo 204.1. Ahora bien, se plantea la duda sobre si estas entidades podrían incluir en los PCAPS la previsión de poder incrementar por excesos de medición (artículo 242.4.i) de la LCSP en contratos de obras) o por incremento de las unidades contratadas (artículos 301.2 y 309.1, párrafo segundo, de la LCSP para los contratos de suministro y de servicios hasta el 10 por ciento del precio del contrato inicial), o por inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente (artículos 242.4.ii) de la LCSP para los contratos de obras, 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), sin que deban tramitar un expediente de modificación y sin que dichos porcentajes, del 10 y del 3 por ciento respectivamente, incidieran en el tope del 20 por ciento que señala el artículo 204.1 anteriormente citado.

La duda es mayor en cuanto que, a diferencia de los artículos 203 y siguientes de la LCSP que resultan aplicables a un Poder Adjudicador No Administración Pública por expresa mención en el artículo 319.1 de la LCSP, los citados preceptos (artículos 242.4.i) para contratos de obras, 301.2 para contratos de suministros, y 309.1, párrafo segundo, para contratos de servicios, para incremento de unidades contratadas, así como artículo 242.4.ii) para inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente en contratos de obras), no son citados expresamente en dicho artículo 319.1, párrafo primero, de la citada Ley.

En relación con dicha cuestión, hay que admitir dicha posibilidad por las siguientes razones: Por un lado, porque, en general y como ya se ha señalado con anterioridad, en los términos en los que está redactado el artículo 319 no existe ningún impedimento jurídico, para que apliquen, siempre que convenga a sus intereses y sea compatible con la naturaleza jurídico-privada de los contratos, otros extremos de la LCSP mediante remisión a ellos o, en su caso, adaptación a los mismos (126). Por otro lado, con carácter más

(126) Instrucción de la Abogacía General del Estado 3/2005, de 21 de julio, sobre contratación de sociedades estatales y fundaciones del sector público estatal.

específico, porque, de una interpretación teleológica de la LCSP, más allá del tenor literal del artículo 319, cabe deducir que en ella el Legislador ha querido aproximar el régimen de contratación de un Poder Adjudicador No Administración Pública al de un Poder Adjudicador Administración Pública, motivo por el cual es evidente, a juicio de los autores de esta obra, que no puede defenderse una postura negativa de la que se deduzca que el las primeras tendrían que aplicar un sistema de contratación más rígido que las segundas (127).

Esta postura favorable deberá mantenerse a pesar de que el artículo 242.4.ii) de la LCSP plantea dudas adicionales porque el artículo 319.1 de la LCSP declara aplicable a un Poder Adjudicador No Administración Pública los artículos 203 a 205, señalando el artículo 204.1.b), inciso final, de la LCSP que «la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato». A juicio de los autores de esta obra, la interpretación conjunta de los citados artículos obliga a concluir que, por expresa determinación del Legislador, el supuesto del artículo 242.4.ii) opera al margen de la previsión del artículo 204.1.b) que proscribe que se incluyan, con carácter anticipado en los PCAPS, modificaciones expresas que impliquen el establecimiento de nuevos precios unitarios.

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

- Cesión y subcontratación (128) (artículos 214 a 217).
- Racionalización Técnica de la Contratación (artículos 218 a 228).

(127) Instrucción de la Abogacía General del Estado 3/2018, de 6 de marzo.

(128) En este caso, a la vista de lo establecido en el Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la JCCPE emitió el Informe JCCPE número 15/2021, a consulta elevada por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo sobre concertación de la prestación de los servicios sanitarios y recuperadores con centros sanitarios privados, en el que señala lo siguiente:

– Respecto de los requisitos de las letras a) («Disponer de medios propios, materiales y personales, para llevar a cabo los servicios objeto del concierto») y e) («Acreditar un volumen de facturación por prestaciones satisfechas en los tres años precedentes a la formalización del concierto superior a la facturación estimada por las prestaciones objeto del contrato») del artículo 12 del Real Decreto 1630/2011, que «a los efectos de determinar las condiciones de

- Condiciones de pago establecidas (artículos 198.4, 210.4 y 243.1).
- Causas de resolución por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato (artículos 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 (artículo 211.1.i)(129), y, en el caso de contratos

solvencia económica y financiera y técnica o profesional en los contratos que celebren las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con medios privados para la prestación de asistencia sanitaria y recuperadora deberá aplicarse la LCSP, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda tener en consideración que el volumen de negocios y la tenencia de medios materiales y humanos suficientes constituyen medios adecuados para acreditar dicha solvencia».

– En relación con los requisitos de las letras b) («Contar con la debida autorización de funcionamiento y acreditación de suficiencia y adecuación de medios por parte de la autoridad sanitaria competente de la comunidad autónoma y hallarse inscrito en el registro de entidades sanitarias autorizadas de dicha comunidad autónoma»), c) («Hallarse inscrito en el correspondiente registro que se llevará a estos efectos en la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social»), y d) («No tener ningún tipo de vinculación o relación comercial, financiera o de cualquier otra clase, con empresas representadas en la junta directiva de la mutua, con el representante de las mismas, con el director gerente o cualquier otra persona que ejerza funciones de dirección ejecutiva en la mutua») del artículo 12 del Real Decreto 1630/2011, señala que son obligatorios para la entidad que vaya a concertar con la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y que, por ello, encajan perfectamente con lo dispuesto en el artículo 65.2 de la LCSP, cuando exige que los contratistas cuenten con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

– A la vista de las conclusiones anteriores, dispone que «no existe ninguna incompatibilidad entre la LCSP y el artículo 12 del Real Decreto 1630/2011 a los efectos de aplicar las normas sobre subcontratación contenidas en la primera de estas normas siempre que se cumplan los requisitos de solvencia establecidos en la LCSP y el resto de requisitos del artículo 12 del Real Decreto 1630/2011». A los efectos de la aplicación de las normas previstas en la LCSP, se deberá tener en cuenta la naturaleza del contrato a celebrar por la Mutua con entidades privadas en los casos de los artículos 11 y siguientes del Real Decreto 1630/2011, ya que, desaparecido el contrato de gestión de servicios públicos, el contrato se calificará en la actualidad como un contrato de servicios o como una concesión de servicios dependiendo de que exista o no la transferencia del riesgo operacional del contrato, cuestión que habrá de analizarse caso por caso. En el primer caso, se aplica la figura de la subcontratación de un modo amplio en el artículo 215, restringiendo notablemente los supuestos en que cabe excluir la misma. En el caso de que se tratase de un contrato de concesión de servicios, la peculiaridad estriba exclusivamente en que, conforme al artículo 296 de la LCSP, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.

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



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.

c) *Caso de las federaciones deportivas*

En relación con la posible consideración de Poder Adjudicador Administración Pública de una federación deportiva (130), es muy interesante el análisis que hace la STJUE de 3 febrero 2021 sobre el cumplimiento de las tres condiciones que constituyen el concepto comunitario de «organismo de derecho público».

Para ello, analiza las siguientes cuestiones prejudiciales:

En primer lugar, se plantea si dentro del artículo 2.1, punto 4.a), de la Directiva 2014/24/UE, debería incluirse una entidad a la que se han conferido funciones de carácter público definidas de manera exhaustiva por el Derecho nacional, que ha sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil en el sentido de dicha disposición, aun cuando no haya sido constituida bajo la forma de administración pública, sino de asociación de Derecho privado y algunas de sus actividades, para las que tiene capacidad de autofinanciación, no sean de carácter público.

En relación con dicha cuestión, el TJUE ya ha declarado que los tres requisitos que figuran en el artículo 2.1, punto 4.a) a c), de la Directiva 2014/24/UE son acumulativos, si bien los tres criterios mencionados en el tercer requisito revisten, por su parte, carácter alternativo (131).

En relación con el primero de estos tres requisitos (finalidad específica de satisfacer necesidades de interés general, que ha de ser posible comprobar de manera objetiva (132), y que no tengan carácter industrial o mercantil), la jurisprudencia del TJUE recuerda que el legislador de la UE deseó someter a las estrictas normas de Contratación Pública únicamente a estas entidades (133), sin que ello se

(130) Véase por su interés la Sentencia de la Audiencia Nacional (en lo sucesivo, SAN) de 26 de febrero de 2009 que señala que las Federaciones Deportivas no son Administraciones Públicas, pero sí están sujetas a principios y reglas administrativas en cuanto ejercen funciones públicas, con lo que ello comporta en cuanto a garantías y controles.

(131) SSTJUE de 12 de septiembre de 2013, IVD, C-526/11, apartado 20, y de 5 de octubre de 2017 (*LitSpecMet*, C-567/15, apartado 30 y jurisprudencia citada).

(132) STS de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, apartado 63).

(133) STJUE de 5 de octubre de 2017, *LitSpecMet*, C-567/15 (PROV 2017, 246213), apartado 35).

vea desvirtuado por el hecho de que revista la forma jurídica de una asociación de Derecho privado y de que, en consecuencia, no fuera creada desde el punto de vista formal por un acto institucional de una Administración Pública. En efecto, por un lado, del tenor del artículo 2.1 punto 4 de la Directiva 2014/24/UE no resulta ninguna referencia a las modalidades de creación ni a la forma jurídica de la entidad, y, por otro, procede recordar que el concepto de «organismo de derecho público» debe recibir una interpretación funcional independiente de las modalidades formales mediante las que se desarrolle, de modo que tal necesidad se opone a que se establezcan diferencias según la forma jurídica de las disposiciones que creen tal entidad (134).

También carece de pertinencia el hecho de que esa entidad privada ejerza, junto a las actividades de interés general, otras actividades que constituyan una gran parte del conjunto de sus actividades y que sean autofinanciadas.

En efecto, el TJUE ya ha declarado que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad desempeñe otras actividades y que la satisfacción de necesidades de interés general solo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por tal entidad, puesto que esta sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer (135).

Se debe precisar que la capacidad de autofinanciación, en particular, respecto a las actividades que ejerce que no sean de carácter público, carece de pertinencia, puesto que tal capacidad de autofinanciación es irrelevante para la atribución de funciones de carácter público.

En virtud de cuanto antecede, el TJUE concluye, en la citada STJUE de 3 febrero 2021, que «Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2, apartado 1, punto 4, letra a), de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que una entidad a la que se han conferido funciones de carácter público definidas de manera exhaustiva por el derecho nacional puede considerarse creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil en el sentido de dicha disposición, aun cuando no haya sido constituida bajo la forma de administración pública, sino de asociación de Derecho privado y algunas de sus actividades, para las que tiene capacidad de autofinanciación, no sean de carácter público».

(134) SSTJUE de 10 de noviembre de 1998 –*BFI Holding*, C-360/96, apartado 62–, de 15 de mayo de 2003 –*Comisión/España*, C-214/00, apartados 55 y 56–, y de 12 de septiembre de 2013 –*IVD*, C-526/11, apartado 21 y jurisprudencia citada–.

(135) STJUE de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding*, C-360/96, apartado 55.



La segunda cuestión prejudicial es decidida por el TJUE en el sentido de que la valoración del artículo 2.1, punto 4.c) de la Directiva 2014/24/UE, relativo a «que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público», debe realizarse en el sentido de que «solo puede considerarse sometida al control de una autoridad pública si del examen del conjunto de las facultades de que dispone esta autoridad frente a dicha federación resulta que existe un control de gestión activo que, en la práctica, pone en entredicho tal autonomía hasta el punto de permitir que dicha autoridad influya en las decisiones de la federación en materia de contratos públicos».

d) Caso de las entidades urbanísticas de conservación

En relación con dichas entidades, resulta muy interesante el análisis del Informe de la JCCPE, de 30 de junio de 2020 en el que, en relación con el ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP (artículo 3), se consulta sobre la inclusión o no en el mismo de las Entidades Urbanísticas de Conservación [artículo 24.1.c) del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana].

Señala que «La sujeción de las entidades urbanísticas de conservación a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público es posible si cumplen las condiciones legalmente previstas para ser poderes adjudicadores o entidades del sector público que no son poderes adjudicadores y solo mientras las cumplan. No podrán ostentar, sin embargo, la condición de Administraciones Públicas».

Para ello, formula las siguientes consideraciones:

- Las entidades urbanísticas de conservación desarrollan una función de carácter público a pesar de que su composición pueda ser, en todo o en parte, privada (136).
- En el caso de las entidades urbanísticas de conservación ninguna de las opciones previstas en el artículo 3.2 de la LCSP pueden ser aplicable, a pesar de que plantee alguna duda la expresión «naturaleza administrativa», pues podría interpretarse en el sentido de que es propósito de la norma mencionada inte-

(136) SSTS de 11 de julio de 2005 y 23 de junio de 2004, e Informe JCCPE número 44/2009.



grarlas en el concepto de Administración Pública. Sin embargo, este carácter debe considerarse contradicho por el hecho de que las considera entidades colaboradoras de la Administración, lo cual supone su exclusión del concepto de Administración Pública.

- Por lo que se refiere a su posible consideración como poderes adjudicadores, hay que recordar primeramente que este tipo de entidades ha sido calificado por la doctrina mayoritaria como «corporaciones sectoriales de base privada». A ellas les resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 3.5 de la LCSP, conforme al cual quedarán sujetos a esta Ley las Corporaciones de derecho público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, d) del propio artículo 3:
 - No admite duda que la entidad urbanística de conservación goza de personalidad jurídica propia.
 - Además, de ella se predica su carácter administrativo porque tanto la norma a cuyo amparo se crean como buena parte de las competencias cuyo ejercicio les corresponde tienen dicha naturaleza.
 - Sus funciones no son de naturaleza industrial o mercantil, sin perjuicio de que en torno a su actuación pueda producirse una actividad de esta naturaleza.
 - El cumplimiento de alguna de las condiciones restantes mantenidas a lo largo del tiempo (una entidad que sea poder adjudicador financie mayoritariamente su actividad o controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia), será un asunto que habrá de realizarse caso por caso.

D. No poder adjudicador

a) *Concepto*

Como ya se ha señalado, 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 Poder Adjudicador Administración Pública, ni en el artículo 3.3, como Poder Adjudicador No Administración Pública, 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 (137).

(137) Es el caso de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S. A. que la Resolución del TACRC número 587/2018, de 21 de junio, señaló que es No Poder Adjudicador «al tener la mayor parte de su actividad carácter industrial o mercantil, como consecuencia de realizarse en

b) *Naturaleza contractual*

Las entidades que tengan la naturaleza jurídica, a los efectos de la LCSP, de No Poder Adjudicador (138), solamente podrán celebrar contratos privados.

A tal efecto, los artículos 321 y 322 de la LCSP solamente prevén lo siguiente:

– 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 pondrán 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 (139).

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.

– En relación con 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

un régimen íntegramente liberalizado, lo que viene reforzado por la idea de que está prevista que dicha liberalización sea plena al abrirse a terceras empresas la posibilidad de ser designado operador del Servicio Postal Universal a partir del 1 de enero de 2026, de conformidad con la DA 1.ª de la Ley 43/2010 en relación con la DF 7.ª de la misma norma».

(138) En el caso de una comunidad de regantes el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en Resolución número 12/2019, señaló que no tienen el carácter de poderes adjudicadores, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2 en relación con el artículo 3.3 d) de la LCSP y las Sentencia TJUE 7 febrero 2003, *Adolf Truley*, y de 12 sept 2013 *IVD Ärzammer Westfalen-Lippen*.

(139) 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.

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 con este particular.

Cuarta Parte

NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Capítulo I del Título Preliminar de la LCSP establece el objeto y ámbito de aplicación de la Ley con una sistemática más precisa y didáctica que anteriores normativas.

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 la Sección 2.^a, quedan excluidos del ámbito de la LCSP, la razón no es otra que seguirán el régimen legal establecido 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 los artículos 5 a 11 que es la que se va a analizar.

2. NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA Y DE LA SEGURIDAD (140)

En relación con esta materia cabe realizar las siguientes consideraciones:

- El artículo 5.1 de la LCSP señala que quedan excluidos de su ámbito de aplicación objetivo los convenios incluidos en el ámbito del artículo 346 del

(140) Este artículo recoge lo previsto en los artículos 1.3; 15.1; 16; y 17 de la Directiva 2014/24/UE y 1.3; 10.5; 10.6; y 21 de la Directiva 2014/23/UE.



TFUE(141) que se concluyan en el sector de la defensa y la seguridad(142). 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. 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(143)», y permite a los Estados derogar las reglas del Tratado en ciertas «condiciones»(144), de modo que pudieran salirse de la legislación general cuando el objeto del convenio es la producción, el comercio de armas, municiones, y material de guerra(145). 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 la legislación anterior,

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

(142) 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_Art.346_TratadoFuncionamiento_UE.PDF

(143) La disposición adicional novena 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, LCSPDS) encargó al Gobierno para que, en el plazo de 3 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, en el que se determinaban las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectaban a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional, recogiendo los principios y circunstancias necesarias para identificarlas. 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.

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

(145) 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_Art.346_TratadoFuncionamiento_UE.PDF



tal vez siguiendo los vacilantes criterios jurisprudenciales (146) y en contra de los postulados mantenidos por nuestra doctrina, que fijó un criterio claro al distinguir que el convenio lleva aparejada una relación jurídica pública previamente establecida, frente a la figura del contrato, en la que prima una relación de intercambio patrimonial y por ende sinalagmática (147). Por tanto, al igual que en el título de la exclusión se señalan los «negocios jurídicos» como término genérico que incluye los contratos, por esta misma razón, estos últimos debieran haberse contemplado en el texto junto al convenio en una mejor técnica legislativa.

Así pues, se considera que tanto los convenios como los contratos que invoquen el amparo del artículo 346 del TFUE quedan excluidos de la LCSP dando lugar a dos efectos:

El primero, con la no obligación de facilitar información cuya divulgación considere el Estado contraria a los intereses esenciales de su seguridad.

El segundo, con la adopción de medidas para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra.

- Se excluyen, asimismo y a tenor del artículo 5.2 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) que, en su artículo 2.1 a) y b), dispone que son contratos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley los contratos relacionados con las actividades de la defensa y de la seguridad pública, cualquiera que sea su valor estimado, y que tengan por objeto el suministro de «equipos militares», incluidas las piezas, componentes y subunidades de los mismos y el suministro de armas y municiones destinadas al uso de las Fuerzas, Cuerpos y Autoridades con competencias en seguridad.

La LCSPSD, en su disposición adicional primera, define «Equipo militar» como el equipo específicamente diseñado o adaptado para fines militares destinado a ser utilizado como armas, municiones o material de guerra. De esta

(146) RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*. Marcial Pons. Madrid 1997, pp. 41 y ss. STS 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 STS de 8 de junio de 1984 sí establece la diferenciación.

(147) De la que era su más destacado valedor GARCIA DE ENTERRIA. E., «Ámbito de aplicación de la Ley» en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Dir. Gómez-Ferrer. Ed. Cívitas. Madrid, 1996, p. 16.

definición, cabe deducir que las dos características que definen dicho concepto son las siguientes:

- La especificidad del diseño o su adaptación para «fines militares». Se entiende como «fines militares» aquellos que se dirigen al cumplimiento de las misiones que la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional asigna, en exclusiva, a las Fuerzas Armadas, en particular:
 - Garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, que constituye una misión en sí mismo.
 - Contribuir militarmente a la seguridad y defensa de España y de sus aliados, en el marco de las organizaciones internacionales de las que España forma parte, así como al mantenimiento de la paz, la estabilidad y la ayuda humanitaria.

Para el cumplimiento de estas misiones, el artículo 16 de la citada Ley Orgánica 5/2005 enumera las operaciones específicamente militares que las Fuerzas Armadas pueden desarrollar, tanto en territorio nacional como en el exterior, señalando las siguientes:

- La de vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar, la vigilancia del espacio aéreo y el control del espacio aéreo de soberanía nacional. Además, aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses.
- La de colaboración en operaciones de mantenimiento de la paz y estabilización internacional en aquellas zonas donde se vean afectadas, la reconstrucción de la seguridad y la administración, así como la rehabilitación de un país, región o zona determinada, conforme a los tratados y compromisos establecidos.
- La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses. A estos efectos, el Gobierno designará la Autoridad nacional responsable y la Fuerzas Armadas establecerán los procedimientos operativos pertinentes.

En consecuencia, son «fines militares» aquellos directamente destinados al cumplimiento de las anteriores misiones o a la ejecución de las operaciones citadas, y los «equipos militares» deben estar específicamente diseñados para estos fines o bien, haber sido adaptados específicamente para ellos.

- El destino de los equipos a ser usados como armas, municiones o material de guerra.

Respecto a esta segunda característica de la definición, aunque el Considerando 10 de la Directiva 2009/81/CE, 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 (en lo sucesivo, Directiva 2009/81/CE), hace referencia a la lista de armas, municiones y material de guerra, adoptada por el Consejo Europeo en su Decisión 255/1958, de 15 de abril, sin embargo, el mismo aclara que esta lista es genérica, razón por la cual ha de ser interpretada en sentido amplio, a la luz de la naturaleza cambiante de la tecnología, la política de contratación y las necesidades militares resultantes en el desarrollo de nuevos tipos de equipos.

El artículo 2.1.c) de la LCSPSD dispone que también estarán incluidos en el ámbito aplicación objetivo de dicha Ley los contratos relacionados con las actividades de la defensa y de la seguridad pública, cualquiera que sea su valor estimado, y que tengan por objeto el suministro de «equipos sensibles», incluidas las piezas, componentes y subunidades de los mismos.

Por «equipos sensibles» se entienden aquellos equipos con fines de seguridad pública que exijan un nivel elevado de confidencialidad por implicar, requerir o contener información clasificada. Las dos características definitorias son, por tanto:

- Que atiendan a fines de seguridad pública.
- Que impliquen, requieran o contengan información clasificada.

Respecto a la primera, podría pensarse que las actuaciones con «fines de seguridad pública» deben circunscribirse al ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, pero hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, asigna a las Fuerzas Armadas misiones conjuntas con las Instituciones del Estado y con las Administraciones Públicas, para cuyo cumplimiento precisan adquirir los mismos «equipos sensibles» que estas utilizan. Así, el artículo 15 de la citada Ley Orgánica establece:

«Las Fuerzas Armadas, junto con las Instituciones del Estado y las Administraciones Públicas, deben preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas y pueden, asimismo, llevar a cabo misiones de evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo sus vidas o sus intereses».



A su vez, el artículo 16.c), e), y f) de la misma Ley Orgánica detalla las operaciones de las Fuerzas Armadas que, de acuerdo con lo anterior, se deben entender realizadas con «fines de seguridad pública»:

- c) El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento.
- e) La colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente.
- f) La participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero.

La segunda característica requerida en la definición de «equipo sensible» es la exigencia de «un nivel elevado de confidencialidad», que, de acuerdo con la definición, se cumplirá «por implicar, requerir o contener información clasificada». En cualquier caso, la clasificación de la información debe estar determinada con carácter previo de acuerdo con su normativa específica.

El artículo 2.1.d) de la LCSPSD dispone que también estarán incluidos en el ámbito aplicación objetivo de dicha Ley los contratos relacionados con las actividades de la defensa y de la seguridad pública, cualquiera que sea su valor estimado, y que tengan por objeto obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos, armas y municiones, mencionados en las letras a), b) y c) de dicho precepto, para el conjunto de los elementos necesarios a lo largo de las posibles etapas sucesivas del ciclo de vida de los productos.

Esta especialidad, supone una vinculación directa y una estrecha conexión entre las obras, suministros y servicios, por una parte, y los equipos a los que van destinados, de tal forma que aquellos no tienen sentido sin el equipo militar o sensible con el que se relacionan.

A su vez, el concepto del «ciclo de vida» es un concepto amplio que pretende tener en cuenta las necesidades del poder adjudicador a lo largo de todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso, la investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, y la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos, todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización.

El artículo 2.1.e) de la LCSPSD dispone que también estarán incluidos en el ámbito aplicación objetivo de dicha Ley los contratos relacionados con las actividades de la defensa y de la seguridad pública, cualquiera que sea su valor estimado, y que tengan por objeto obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles.

Son aquellos que, sin estar relacionados de manera directa con un equipo militar, van destinados y son adquiridos con fines específicamente militares. Por otra parte, se entenderán como «obras y servicios sensibles» aquellos realizados y contratados con «fines de seguridad pública», y que, además, exigen un nivel elevado de confidencialidad en razón de las circunstancias concurrentes debidamente justificadas o por implicar, requerir o contener información clasificada.

Para delimitar en la práctica qué obras o servicios entran dentro de esta categoría, hay que recurrir a la necesidad de conocer o manejar información clasificada o de acceder a zonas de seguridad, tanto las de Acceso Restringido (ZAR) como las Administrativas de Protección (ZAP), consideradas tal como se definen en la Norma de la Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada N/S 03 Seguridad Física y en las Normas de Seguridad de la Información en las Instalaciones, aprobadas mediante Instrucción 95/2011, de 16 de diciembre, del Secretario de Estado de Defensa, en la cual se definen las zonas de seguridad en las que se permite el manejo de información clasificada.

El artículo 2.2 de la LCSPSD señala que la investigación y el desarrollo se consideran servicios a los efectos de la aplicación de dicha Ley, aunque el artículo 7.1.d) de la LCSPSD lo condiciona a que «Los contratos 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».

Aunque el programa cooperativo puede incluir también a terceros países, se requiere la participación de, al menos, dos Estados miembros de la UE para promover la cooperación intraeuropea en investigación y desarrollo, tanto si el programa cooperativo es gestionado por una organización internacional, como si se desarrolla bajo el concepto de «Nación Líder».

Por otra parte, no es lo mismo I+D que «nuevo producto». Según la Comisión Europea, es requisito necesario que exista una fase I+D, pero lo relevante es el desarrollo de un nuevo producto. Esto significa que las compras de equipos que ya existen en el mercado no podrían ser objeto de esta exclusión, aunque se realicen adaptaciones técnicas a los mismos.

Si un Estado miembro se adhiere en fases posteriores a la de I+D, se aplicaría la exclusión si pasase a ser un miembro de pleno derecho del Programa, reflejado así en un documento de adhesión.

Una vez finalizado el programa de cooperación en I+D entre los Estados miembros, se comunicará a la Comisión Europea la información prevista en el artículo 67.2 de la LCSPSD.

- Al mismo tiempo, se suscita el problema de si las exclusiones contenidas en el artículo 7 de la LCSPSD, también se aplican por vía indirecta en la LCSP. En un principio se admite una respuesta afirmativa en tanto que se regulan por su legislación específica y sus contenidos están inspirados en los artículos 11, 12 y 13 de la Directiva 2009/81/CE, y los artículos 10.6 de la Directiva 2014/23/UE y 15 de la 2014/24/UE, sin embargo, desde un punto de vista práctico, corresponde la carga de su prueba a los poderes adjudicadores (148), razón por la que han de velar porque no se use de forma abusiva como señala el apartado 2 del artículo 7 de la LCSPSD (149).

Excluye específicamente la LCSPSD los negocios jurídicos derivados de:

- Normas internacionales [artículo 7.1.a)]:

«Aquellos contratos que tengan un procedimiento de adjudicación específico regulado en alguno de los siguientes cuerpos normativos:

- 1.º Acuerdos, convenios o tratados internacionales celebrados entre España y uno o varios terceros Estados.

También aquellos acuerdos, convenios o tratados internacionales celebrados entre España y otro u otros Estados miembros de la Unión Europea, por una parte, y por otro u otros terceros Estados por otra.

- 2.º Acuerdos, convenios o tratados internacionales ya celebrados, relacionados con el estacionamiento de tropas.
- 3.º Las normas de una Organización Internacional, cuando esta adjudique contratos encaminados a dar cumplimiento a sus fines estatutarios, o

(148) La Instrucción Comunicada 14/2015 del Secretario de Estado de Defensa, de 13 de febrero 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. Ha sido derogada por la Instrucción 27/2018, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el Ministerio de Defensa y publicada en el BOD número 102, de 25 de mayo de 2018.

(149) La exclusión de contratos de la LCSPSD, que no cumplen los requisitos, ha sido refrendada por el TACRC en la Resolución número 137/2020, de 12 de febrero de 2021, que señala que «[...] Por todo lo expuesto, al tratarse de un contrato excluido del ámbito de aplicación de la LCSP, y no estar sujeto a regulación armonizada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 24/2001, por ser su valor estimado inferior a 428.000 euros, en concreto 410.000 euros los actos y resoluciones dictados al amparo del mismo no son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, debiendo ser este recurso inadmitido».

se trate de contratos que España o un Estado miembro de la Unión Europea deba adjudicar con dichas normas».

De forma genérica, la exclusión permite eludir los procedimientos de adjudicación en los casos en los que existen normas internacionales que establecen requerimientos específicos, pero ello solo será posible cuando los acuerdos internacionales o la organización internacional correspondiente dispongan de tales procedimientos específicos, en los que se incluyan los principios a aplicar y los pasos a seguir para la adjudicación.

En relación con el apartado 1.º, los términos «acuerdos, convenios o tratados internacionales» deben de interpretarse en un sentido amplio, incluyendo también acuerdos técnicos y Memorandos de Entendimiento (MOUs). Este supuesto requiere, por otra parte, la participación de, al menos, un Tercer Estado.

Respecto al apartado 2.º, los acuerdos deben de estar relacionados con el «estacionamiento de tropas», con independencia de quienes sean los Estados participantes.

Por último, el apartado 3.º permite la exclusión cuando el poder adjudicador es una organización internacional o un Estado miembro, siempre que exista el procedimiento específico y el contrato este amparado por los fines estatutarios de la organización, incluso si se trata de compras que, de acuerdo con estos fines, realiza la organización internacional para un Estado que forma parte de la misma.

- Protección de los intereses esenciales de la Seguridad [artículo 7.1.b)]:

«Aquellos contratos que, de regirse por la presente Ley, resultaría necesario revelar información contraria a los intereses esenciales de la Seguridad o bien, conforme al artículo 346 del TFUE, pudieran resultar perjudicados los intereses esenciales de la Defensa o de la Seguridad Nacional».

El citado precepto remite al artículo 346 del TFUE que determina lo siguiente:

«1. Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:

- a) Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad.
- b) Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de com-

petencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

2. El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1959, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1».

Este reenvío al artículo 346 del TFUE lleva a concluir que, de acuerdo con el apartado b) del punto 1 del mismo, por un lado, se refiere a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra, y, por otro, de acuerdo al punto 2 del repetido artículo 346, que los productos son los de la lista de armas, municiones y material de guerra, adoptada por el Consejo Europeo en su Decisión 255/1958, de 15 de abril, sin embargo, el mismo aclara que esta lista es genérica, razón por la cual ha de ser interpretada en sentido amplio, a la luz de la naturaleza cambiante de la tecnología, la política de contratación y las necesidades militares resultantes en el desarrollo de nuevos tipos de equipos.

Respecto a los términos de «intereses esenciales de la Defensa y de la Seguridad Nacional» que utiliza el artículo 7.1.b) de la LCSPSD, de acuerdo con la disposición adicional novena de dicha Ley, obligó al Gobierno a publicar el Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, por el que se determinaron las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la Defensa y la Seguridad Nacional.

Con esta base, los órganos de contratación decidirán sobre la necesidad de invocar la exclusión y, en caso afirmativo, solicitarán la declaración expresa del titular del Departamento del que dependa el órgano de contratación que se requiere en el artículo 19.2.c) de la LCSP.

La razón de ser de la LCSPSD es proporcionar un instrumento legal, creado para resolver las peculiares necesidades y requerimientos de los contratos de defensa y seguridad, para poder responder frente la Comisión Europea que, como guardiana de los Tratados, puede solicitar de los órganos de contratación la justificación que considere necesaria en relación con todo tipo de exclusiones y excepciones, y, en caso de incumplimiento, presentar la correspondiente demanda ante el TJUE.

En consecuencia, para asegurar la correcta y homogénea aplicación de la exclusión del artículo 7.1.b) de la LCSPSD en el ámbito del Ministerio de Defensa, deberá observarse el siguiente procedimiento:

- De acuerdo con lo que se establece en el artículo 3.2.a).4.º del Real Decreto 1011/2013, de 20 de diciembre, de desconcentración de facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos, en el ámbito del Ministerio de Defensa, todos los contratos en los



que se invoque el artículo 346 del TFUE, requieren Orden de Proceder del Secretario de Estado de Defensa.

Asimismo, y de acuerdo con la cláusula segunda de la modificación del convenio de colaboración entre el Ministerio de Defensa y la sociedad mercantil NAVANTIA, formalizado el 21 de noviembre de 2014, todas las Órdenes de Ejecución, con independencia de que requieran o no Orden de Proceder, deben justificar de acuerdo con la normativa vigente la aplicación del artículo 7.1.b) de la LCSPDS.

▫ A tal fin en la memoria que, de acuerdo con el apartado cuarto de la Instrucción 27/2018, de 18 de mayo, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se establecen directrices en materia de contratación en el ámbito del Ministerio de Defensa (150), debe de acompañar la solicitud de Orden de Proceder, o, en el caso de la Órdenes de Ejecución con NAVANTIA, los órganos de contratación deben, en todo caso, justificar la invocación del citado artículo 346, informando como mínimo de los siguientes extremos:

- Si el objeto del contrato se encuentra incluido en alguna de las áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de seguridad y defensa, incluidas en el apartado primero del 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, deberá indicar las circunstancias y motivos por los que la obra, el servicio a realizar, o el bien a suministrar se encuentran incluidos en ese apartado.
- Si no le afecta el apartado anterior, si el objeto del contrato se encuentra incluido en alguno de los supuestos de los señalados en el apartado segundo del citado Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, deberá indicar las circunstancias y motivos por los que la obra, el servicio a realizar, o el bien a suministrar se encuentran incluidos en ese apartado.
- En el caso en que no se encuentre comprendido en ninguno de los dos apartados anteriores del mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015, se procederá de la siguiente manera:

Solamente pueden eximirse de las normas comunitarias en base al artículo 346 del TFUE la contratación de los productos incluidos en la lista adoptada como Decisión del Consejo 255/1958, de 15 de abril (Anexo V), así como los servicios y las obras relacionadas con ellas.

(150) Boletín Oficial de Defensa número 102, de 25 de mayo.



Únicamente serán excluibles, además, cuando ese equipamiento se diseñe, se desarrolle, se produzca y se obtenga para fines específicamente militares, y sea utilizado por las Fuerzas Armadas.

- Se tendrá en cuenta que, por encontrarse un artículo en la lista del apartado 7.1.a), ello no significa que se excluya automáticamente de las normas del Mercado Interior, según ha confirmado reiteradamente el TJUE. Deben de cumplirse además las condiciones para la aplicación del artículo 346 del TFUE, debiendo ser capaces, los Estados miembros, de probar que la aplicación de la Directiva afectaría a sus intereses de seguridad esenciales y supondría un riesgo grave para las capacidades básicas de su defensa. Para ello, deberán evaluarse la necesidad y proporcionalidad de la invocación del mencionado artículo 346 con la finalidad de comprobar si el objetivo que se quiere conseguir no puede alcanzarse mediante medidas menos restrictivas.

- Actividades de inteligencia [artículo 7.1.c)]:

«Los contratos destinados a actividades de inteligencia, incluidas las actividades de contrainteligencia».

Para una correcta interpretación de esta excepción, es conveniente tener en cuenta lo siguiente:

- Las actividades de inteligencia y de contrainteligencia no están específicamente ligadas a un determinado organismo, motivo por el cual pueden ser desarrolladas en diferentes ámbitos por diferentes entidades de carácter civil o militar.
- Las agencias o los organismos, que realicen estas actividades, solo pueden utilizar esta excepción en adquisiciones de bienes o servicios específicos de dichas actividades y nunca de manera genérica.

- Programas de cooperación basados en I+D [artículo 7.1.d)]:

«Los contratos 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».

Aunque el programa de cooperación puede incluir también a terceros países, se requiere la participación de, al menos, dos Estados miembros de la UE para promover la cooperación intraeuropea en investigación y desarrollo, tanto si el programa cooperativo es gestionado por una organización internacional, como si se desarrolla bajo el concepto de «Nación Líder».

Por otra parte, no es lo mismo I+D que «nuevo producto». Según la Comisión Europea, es requisito necesario que exista una fase I+D, pero lo relevante es el desarrollo de un nuevo producto. Esto significa que las compras de equipos que ya existen en el mercado no podrían ser objeto de esta exclusión, aunque se realicen adaptaciones técnicas a los mismos.

Si un Estado miembro se adhiere en fases posteriores a la de I+D, se aplicaría la exclusión si pasase a ser un miembro de pleno derecho del Programa, reflejado así en un documento de adhesión.

Una vez finalizado el programa de cooperación en I+D entre los Estados miembros, se comunicará a la Comisión Europea la información prevista en el artículo 67.2 de la LCSPSD.

- Contratos en un tercer Estado en zona de operaciones [artículo 7.1.e)]:

«Los contratos 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 Ley, se entenderán incluidos en la zona de operaciones los territorios de influencia de esta y las bases logísticas avanzadas».

Para excluir estos contratos deben, por tanto, cumplirse las siguientes condiciones:

- Que exista un despliegue de fuerzas en Zona de Operaciones, fuera del territorio de la UE.
- Que sean adjudicados por órganos de contratación desplazados en dicha Zona.
- Que los poderes económicos con los que se concluya el contrato estén igualmente situados en la Zona de Operaciones.

Los contratos de carácter civil que se suscriban en las condiciones anteriores también están excluidos de aplicar las Directivas Clásicas (y la LCSP) por tener una evidente finalidad militar o de seguridad.

Los contratos se tramitarán de acuerdo con la disposición adicional primera de la LCSP.

- Contratos entre Gobiernos [artículo 7.1.g)]:

«Los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno y que tengan por objeto alguna de las prestaciones que se indican a continuación:

- 1.º El suministro de equipo militar o equipo sensible.
- 2.º Los trabajos y servicios ligados directamente a tales equipos.

- 3.º Los trabajos y servicios con fines específicamente militares, o las obras y los servicios sensibles».

El Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, regula el apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de Defensa. Este apoyo se articula mediante dos relaciones jurídicas; una horizontal, de Gobierno a Gobierno, entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español, y una vertical, entre el Gobierno español (por medio del Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras.

Por lo que se refiere a la relación horizontal, el 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, regula la celebración de un contrato entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, tal y como se prevé en el artículo 7.1.g) de la LCSPSD. En virtud de dicho contrato, el Gobierno extranjero solicita al Gobierno de España que realice las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología, necesarias para la entrega al mismo de un determinado material de defensa, en los términos que se contienen en el artículo 8 de la citada Ley 12/2012.

Para el desarrollo de los contratos «Gobierno a Gobierno» se ha de considerar la Comunicación de la Comisión de 30 de noviembre de 2016, «Nota orientativa sobre la adjudicación de contratos de Gobierno a Gobierno en los ámbitos de la defensa y la seguridad (artículo 13, letra f, de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo)» (151).

- Servicios de I+D en ciertas circunstancias [artículo 7.1.k)]:

«Los servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al órgano de contratación para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el órgano de contratación remunere totalmente la prestación del servicio».

De acuerdo con esta intención, expresada en el Considerando 34 de la Directiva 2009/81/CE, la LCSPSD no es aplicable a los contratos de I+D cofinanciados (ya que supone riesgos compartidos) o con beneficios compartidos (propiedad intelectual o industrial, su derecho de uso o de cesión,...) con los operadores económicos. Así se incluiría la denominada «compra pública

(151) SANTOS SÁNCHEZ, D. J., «El contrato Gobierno a Gobierno ¿una regulación eficaz?» en *Revista Española de Derecho Militar*, Ministerio de Defensa, 2019, pp. 147 a 197.

precomercial», cuyas características esenciales están delimitadas en distintas recomendaciones de la UE (152).

Por lo tanto, la LCSPSD se aplicará, de manera obligatoria, a aquellos servicios de I+D, utilizando la literalidad de la misma, cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al órgano de contratación (en realidad, al Poder Adjudicador al que representa) para su utilización en el ejercicio de su propia actividad (beneficios no compartidos), siempre que el órgano de contratación remunere totalmente la prestación del servicio (no cofinanciados).

Estos contratos cofinanciados o con beneficios compartidos que se excluyen tienen características similares a las de los convenios, pues se rigen por sus propias normas, responden a un interés común y no presentan un carácter oneroso.

A diferencia de los programas de cooperación basados en I+D con otros Estados miembros, esta exclusión de servicios de I+D se limita únicamente a estos servicios en esta fase de investigación. Si hubiera otras fases posteriores de producción, adquisición u otras relacionadas con su ciclo de vida, se deberá aplicar las normas comunes contenidas en la LCSP o en la LCSPSD, en su caso, atendiendo al objeto y finalidad del contrato.

- Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se excluyen expresamente en tanto que se consideran contratos de servicios, y, como tales por la naturaleza de su objeto, se descartarían.
- Del mismo modo quedan también excluidos los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, que se celebren en el ámbito de la seguridad 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 UE.
 - Los que se adjudiquen en un Tercer Estado no miembro de la UE 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 Ley, se entenderán

(152) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles», COM (2007) 799 final.



incluidos en dicha zona los territorios de influencia de esta y las bases logísticas avanzadas.

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.

3. NEGOCIOS JURÍDICOS: CONVENIOS, ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y ENCARGOS A MEDIO PROPIO

A. Introducción

Esta excepción, contemplada en el artículo 6 de la LCSP, precisa para su entendimiento hacer varias consideraciones por la forma en que se ha hecho la transposición de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE a nuestro Derecho.

Así, en primer lugar, se necesita tener en cuenta la definición que el artículo 2.1 de la LCSP hace de contratos de sector público:

«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.»

«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».

Luego, es la propia LCSP, con su definición de contrato público, la que excluye todo negocio jurídico que no sea oneroso.

Es este el factor determinante y el nexo causal del artículo 6 de la LCSP para efectuar la transposición del artículo 12 de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, y que exige para su exclusión el cumplimiento de las siguientes condiciones comunes:

- Que las entidades intervinientes no han de tener «vocación de mercado». Dicha nota se presumirá cuando realicen en el mercado 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.

Sin embargo, nuestro Legislador, al hacer la exclusión del artículo 6 de la LCSP, se centra expresamente sobre dos figuras con naturaleza muy diferente, como son las derivadas de la actividad convencional y la encomienda, y suma implícitamente una tercera que es el encargo a medio propio. Esta es la razón por la que es necesario realizar un tratamiento independiente de cada una de ellas.

B. Convenios

El artículo 6.1 de la LCSP dispone lo siguiente:

- «1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador».

Con ello, hace una remisión expresa al acudir al concepto de «convenio» dado en el artículo 47.1 de la LRJSP, que evita una gran inseguridad jurídica, al dar unas líneas de carácter general, básicas y comunes, frente a situaciones anteriores que obligaban a acudir a conceptos dispersos en siete normas diferentes para poder así resolver problemas planteados de carácter práctico y económicos (153). Dicho precepto dispone lo siguiente:

«Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vincula-

(153) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. TRLCSP. Ley 38/2003, de 17 de noviembre,

dos 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, que tiene el carácter de normativa básica, fue el resultado del amplio consenso alcanzado sobre este particular a lo largo de la tramitación de la LRJSP y que fue inspirado por el dictamen del Tribunal de Cuentas 878, de 30 de noviembre de 2010 (154), que puso de manifiesto que, con el fin de evitar las prácticas de incluir materia contractual, se busca su tramitación por la vía convencional (155).

General de Subvenciones. LGP. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Resolución de 9 de marzo de 1990, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1990 sobre Convenios de colaboración entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas. Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

(154) Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con la Moción sobre la necesidad de establecer un adecuado Marco Legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas (BOE número 64, de 15 de marzo de 2013), llega a afirmar que «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».

(155) 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 se sintetizan 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.

La nueva regulación citada hace un deslinde claro para separar la fina línea entre contrato y convenio cuando establece, muy fundamentados en la doctrina y la

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 cause 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). La IGAE, 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.

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 este (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.*

jurisprudencia, que, para que pueda tratarse de un convenio, es preciso que concurren las siguientes premisas:

- Que exista un «compromiso», es decir, que exista una obligación jurídica directamente exigible y concreta entre las partes. No basta con una mera declaración de intenciones, pues, en tal caso, se estará ante un protocolo general u otra figura jurídica, pero no ante un auténtico convenio.
- Que haya un «fin compartido», es decir, de un objeto fundamentado en un fin compartido que debe constar suficientemente detallado y justificado en el propio convenio (por ejemplo, la promoción de un acto cultural, la ejecución de una obra de interés común, o la realización de un seminario o publicación).

Dicho «fin compartido» ha de resultar consecuente con las funciones y competencias de los firmantes.

- Que ambas partes realicen aportaciones, ya sean de carácter económico o en especie (por ejemplo, financiación, cesión de uso de espacio, aportación de medios personales, o aportaciones materiales de sistemas informáticos).
- Que el objeto del convenio no sea el propio de un contrato público.

Por lo tanto, partiendo de estas premisas, para estar en presencia de un objeto que debe canalizarse a través de un convenio será preciso acreditar los siguientes extremos:

- Que no haya entrega de un bien y servicio a cambio de un precio, sino una aportación adicional.
- Que haya un resultado final compartido y ninguno de los firmantes se apropie en exclusiva del mismo.
- Que el precio no sea de mercado, como es el caso en el que uno de los firmantes asume parte del coste.

Por el contrario, cuando se den los extremos contrarios, deberá celebrarse un contrato público.

Sin embargo, no siempre es fácil establecer tal línea de separación, como por ejemplo en los supuestos de asistencia técnica, publicidad, coedición y patrocinio, que exigen un riguroso examen en función de las pautas legales estableci-

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» (la cursiva es de los autores de esta obra).

das, en tanto que hay líneas muy tenues de separación, si bien en la mayor parte de los casos tienen naturaleza contractual (156).

Por otra parte, no son convenios ni contratos, los protocolos generales de actuación en los que no hay compromisos concretos y jurídicamente exigibles, las encomiendas de gestión administrativas del artículo 11 de la LRJSP, los encargos a medios propios de los artículos 86 de la LRJSP y 32 y 33 de la LCSP, ni los acuerdos de terminación convencional de un procedimiento, aunque revista forma de convenio, como ocurre en la Ley de Subvenciones y la LPACAP, al no haber un acuerdo de voluntades concurrentes entre las partes para un fin común con compromiso u obligaciones exigibles.

En lo que se refiere al concepto, desde el punto de vista de su ámbito subjetivo, la LCSP es más precisa que la normativa anterior ya que exige que, al menos uno de los firmantes, debe reunir la condición de encontrarse sujeto a Derecho público. Por ello, quedan fuera las entidades que se someten a Derecho privado, como las sociedades mercantiles estatales.

Por otra parte, la LCSP en vez de hacer mención a los organismos autónomos y restantes entidades públicas, dispone, en el párrafo primero del artículo 6.1 de

(156) Informes favorables a la aplicación de la figura del Convenio por la Abogacía General del Estado:

- Número 267/21: Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía y Fundación Damm para el mecenazgo de las actividades culturales del museo.
- Número 13/21: Mancomunidad de los Canales de Taibilla y la Universidad de Alicante para evaluación de estudio de vigilancia ambiental.
- Número 1/18: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la Universidad Autónoma para la elaboración de «Informe sobre la Justicia Administrativa 2018».

Informes favorables a la aplicación de la figura del Contrato por la Abogacía General del Estado:

- Número 1643/2021: Convenio entre la Mancomunidad de los Canales de Taibilla y la Universidad de Alicante para la realización de un estudio de vigilancia ambiental para el vertido de las desalinizadoras de canal de Alicante.
- Número 1402/2019: Convenio de colaboración entre el Centro Universitario de la Defensa en la Escuela Naval Militar y la Fundación Universidad de Vigo para la docencia de lengua inglesa.
- Número 1841/2018: Convenio entre el Instituto de Salud Carlos III, O. A., M. P., y la Sociedad Española de Informática para la Salud para organizar el «Master en Dirección de Sistemas y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la Salud y otros cursos específicos».
- Número 909/2018: Adenda al Protocolo General de Colaboración entre la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Número 499/2018: Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y la Fundación de Investigación Biomédica del Hospital Universitario «Príncipe de Asturias».



la LCSP, que quedan excluidos los convenios celebrados entre sí por las entidades con personalidad jurídico pública, dependientes de la Administración General del Estado, de las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, de las Universidades Públicas, de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y de las Entidades locales, y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador (157).

(157) El artículo 47. 2 de la LRJSP establece que los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos:

- 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 regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de autonomía.
- Convenios intradministrativos, firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública.
- Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado.
- 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 los llamados «convenios interorgánicos», ya que pueden inducir a confusión, toda vez que no son convenios como tales a la luz de la LRJSP. 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 Administración General del Estado 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 Administración General del Estado, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de esta, 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.



A tenor del artículo 6.2 de la LCSP dispone, así mismo, que estarán «también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

Aunque no es materia contractual, conviene recordar en relación con la tramitación de convenios que están en vigor, desde el 11 de enero de 2018, nuevas instrucciones que coordinan las disposiciones de la LRJSP y de la LCSP (158).

C. Encomiendas de gestión

Una primera lectura del enunciado y contenido del artículo 6 de la LCSP puede inducir a considerar la existencia de un error si se atiende a su literalidad. Sin embargo, esta redacción se explica con los cambios introducidos en el Título

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 excepciona:

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 Administración General del Estado.

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 intradministrativo si bien en ocasiones lo difícil es concretar las entidades que comprenden esta categoría residual, como son, entre otras, las antiguas Agencias estatales.

(158) Orden PRA/1267/2017, de 21 de diciembre, 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.

Para un mayor conocimiento en materia de convenios y sus preguntas más frecuentes se recomienda la lectura y visita de la página web del Ministerio de Hacienda y Función Pública https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Nuevas_leyes_administrativas/FAQs%20LEY%2039-2015%20LEY%2040-2015. PDF.

Preliminar de la propia Ley y por la compatibilidad con los contenidos previstos en las Directivas (159). Realidad que vio la luz cuando se analiza la LRJSP, que distingue entre la «encomienda administrativa horizontal» definida en su artículo 11 y la «encomienda de gestión contractual vertical», delimitada en su artículo 86 para los encargos «a medios propios», y que la nueva LCSP admite en sus artículos 32 y 33, pero con una naturaleza diferente (160).

La exclusión que hace la LCSP se refiere a la «encomienda administrativa horizontal», regulada y definida en el artículo 11.1 y 2, párrafo primero, de la LRJSP que dispone lo siguiente:

- «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.

(159) La doctrina «in house providing» se recoge en la actual Directiva 2014/24/UE que hace una regulación unificada de dos figuras distintas: Las operaciones «in house» verticales y las horizontales. La admisibilidad de los medios instrumentales en el ámbito de la Contratación Pública se ha desarrollado fundamentalmente a partir de jurisprudencia del TJUE (entre otras, SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*; de 11 de enero de 2005, *Standt Halle*; de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*; de 22 de octubre de 2010, *Mehiläten oy y Terveystalo Healthcare oy contra Oulun Kaupunki*).

(160) En consecuencia, hay 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:

- 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, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Islas Baleares que señala 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*» (la cursiva es de los autores de esta obra).



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 esta.

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».

La confusión aparente creada por el Legislador es fruto de no percibir que, al transponer la Directiva de forma directa (161), ha creado una ambigüedad al incluir unos porcentajes y condiciones que no eran necesarios para excluir esta figura jurídica, pues 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, estos matices donde debieran estar es en el «encargo a medio propio personificado» del artículo 32 LCSP.

Afortunadamente estos criterios son recogidos en el artículo 31 de la LCSP y ponen luz a esta diatriba cuando distinguen 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 6.1 de la LCSP. Luego se excluye de la LCSP.
- Un «sistema de cooperación vertical», consistente en el uso de medios propios personificados en el sentido y con los límites siguientes:
 - Han de estar establecidos en el artículo 32 de la LCSP para los Poderes Adjudicadores,

(161) El artículo 12.1 de la Directiva 2014/24/UE exige 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, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo».

- A tenor del artículo 33 de la LCSP, se excluyen para los No Poderes Adjudicadores toda vez que falta el acuerdo de voluntades, requisito esencial de los contratos.

Las encomiendas interadministrativas («sistema de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público») son, ante todo, el primer elemento básico de apoyo dentro de las entidades del sector público y un recurso muy útil para su buena gestión. La encomienda de gestión del artículo 11 de la LRJSP es una técnica de traslación del ejercicio competencial entre entidades de derecho público (162). Se encuadran dentro de la potestad auto organizativa de la Administración que puede realizar imperativamente el encargo a una entidad que no tiene capacidad de autonomía, razón por la que se excluyen de la Contratación Pública. Se asemejan más a una orden de servicio o instrucción, razón por la que 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, o haciéndose cargo de un pago compensatorio de los costes correspondientes. Son estas encomiendas aquellas que se regulan en el artículo 11 de la LRJSP, y precisan para su nacimiento de 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.
- Que 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.

(162) Informe JCCPE número 5/2021 a una consulta sobre encomienda de gestión a una Agrupación de Interés Urbanístico: «[...] la encomienda de gestión es una técnica de traslación de funciones públicas de carácter material, técnico y de servicios, razón por la cual queda excluida del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratación pública (artículos 1.4 y 1.6 de las Directivas 2014/23UE y 2014/24/UE, respectivamente). De acuerdo con ello, como ha puesto de manifiesto esta Junta Consultiva siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (informe de 9 de mayo de 2019, expediente 15/17), si el objeto de la relación jurídica entablada entre los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público no es una verdadera traslación del ejercicio competencial, sino un contrato oneroso en los términos definidos en el citado artículo 2 de la LCSP, el régimen jurídico a aplicar será el propio de la LCSP».



– 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.

– 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 BOE, 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 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.

D. Encargo a medio propio

a) Naturaleza

En la literalidad de la LCSP, el encargo a medio propio se excluye del carácter contractual en su artículo 32.1 *in fine* por carecer de uno de los requisitos esencia-

les, la falta del acuerdo de voluntades (163), siendo en consecuencia, su naturaleza más propia del negocio jurídico del mandato. Por esta razón, técnicamente no se incluye en las exclusiones del artículo 6.1 de la LCSP ya que no es un contrato, a tenor de lo previsto en las Directivas comunitarias (164). A pesar de ello, se encuentra sujeta a una relación de control, esto es, a las «instrucciones unilaterales cursadas por el poder adjudicador y que el medio propio ha de ejecutar» (165).

En consecuencia, el encargo a medio propio por su propia esencia se constituye en una forma de cooperación pública, de naturaleza instrumental no contractual, y que tiene unos contenidos que no están sujetos a licitación, aunque se refieran a obras, servicios y suministros, sujetos a contraprestación económica y a la publicidad obligatoria en el perfil del contratante, y fueran susceptibles de recurso ante los tribunales de recursos contractuales.

Luego, el medio propio por su esencia es una excepción a los principios rectores de la Contratación Pública, a los que ya se ha hecho referencia en esta obra, y que aparecen recogidos en el artículo 1 LCSP: «[...] 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, y el principio de integridad [...]».

Como contraprestación a esta excepción innata de los principios rectores de la Contratación Pública, se exige que el encargo a medio propio cumpla con unas exigencias legales de forma muy restrictiva, en tanto que suponen una forma de adjudicación directa que podría perjudicar a la libre competencia (166).

Por ello, no cabe ninguna razón jurídica para aplicar a los encargos a medios propios personificados, de modo supletorio y con carácter general, la normativa de contratos públicos (167).

(163) Informe JCCPE número 27/2020 sobre aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a los encargos a medios propios personificados.

(164) STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*.

(165) Informe JCCA número 65/07, de 29 de enero de 2009, sobre consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos, de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión.

(166) Resolución del TACRC número 120/2019, de 18 de febrero, que anula un encargo efectuado a TRAGSA por la Conselleria de Justicia, Administración Pública, Reformas Democráticas y Libertades Públicas de la Generalitat, por falta de justificación suficiente del encargo y por falta de adecuación del objeto del encargo con el objeto social de la encomendataria.

(167) Informe JCCPE 27/2020: Conclusión 6. «La regulación del encargo a un medio propio personificado se contiene en los *preceptos de la LCSP* que regulan la materia (artículos 32 o 33 dependiendo del tipo de encargo y aquellos otros en que expresamente se alude a los encargos), en los *preceptos de la Ley 40/2015*, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que tratan la cuestión (artículo 86), en el *documento de formalización del encargo* (como expresión unilateral



b) *Concepto*

El «encargo a medios propios» puede ser definido como «aquellas operaciones realizadas por las entidades integrantes del sector público institucional consistentes en prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, sin límite de cuantía, a cambio de una compensación tarifaria, que tienen como característica que excluyen la obligación de licitación» (168).

Estos encargos han de estar pactados entre una entidad adjudicadora mandante, sea o no poder adjudicador, con entidades pertenecientes al sector público que tengan personalidad jurídica, ya sea de derecho público o de derecho privado, y siempre que reúnan la calificación jurídica de «Medio Propio» de conformidad con lo dispuesto en la LRJSP y en la LCSP.

c) *Constitución*

La constitución de los medios propios, precisan la concurrencia de los siguientes elementos (169):

– Constitutivos:

- Que se acredite la disposición de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad.

de la voluntad de la entidad pública encargante de la prestación) o, de no existir una regla aplicable a la concreta cuestión planteada en cada caso en ninguno de los textos anteriores, por las *órdenes ejecutivas dictadas por la entidad pública que realiza el encargo*, que deberán dar respuesta a las cuestiones que durante su ejecución puedan suscitarse» (la cursiva es de los autores de esta obra). (168) HUERTA MÉRIDA, C., *Claves de los Medios Propios en la Ley 9/2017. Alternativas y propuestas de mejora*. UNED-ISDEFE. Madrid, 2021, p. 35.

(169) En relación con la declaración de medio propio, la disposición adicional vigésima cuarta de la LCSP determina 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 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*» (la cursiva es de los autores de esta obra).

- Que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación.
- Que se dé alguna de las circunstancias siguientes:
 - Que 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, se fundamente en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

– Negativos:

Las entidades integrantes del sector público institucional, solamente 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 LCSP que se remite en su artículo 32 al artículo 86 de la LRJSP.

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 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 [...]*» (la cursiva es de los autores de esta obra).

Asimismo, la Abogacía General del Estado en su Informe 19/2017, de 25 de julio, en relación con la consulta efectuada por la IGAE, 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 (artículo 86,3 de la LRJSP)».



– Formales:

- La propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá cumplir, según el artículo 86 de la LRJSP, las siguientes condiciones:
 - Deberá constar una memoria justificativa, que acredite que cumple las condiciones exigidas, y que deberá ser informada por la IGAE (170).
 - Deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M. P.», en la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio.
 - Deberá efectuarse un control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos, que se verificará por la concurrencia de los elementos constitutivos y formales.
 - La LGP en su artículo 74.5 establece, en relación con las competencias en materia de gestión de gastos, lo siguiente:

«[...] 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

(170) Resolución de la IGAE, de 6 de julio de 2017, 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.

Nota Técnica de la Oficina Nacional de Auditoría, de 8 de junio de 2018, sobre el tratamiento en la auditoría de cuentas en relación al requisito exigido por la Ley de Contratos del Sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.

Resolución de la IGAE, de 25 de julio de 2018, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, 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 en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios.

Resolución de la IGAE, de 21 de diciembre de 2018, por la que se aprueban el Plan de auditorías y Control financiero de subvenciones y ayudas públicas y el Plan de control Financiero Permanente para el año 2019.

Nota Técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2019, sobre la consideración de la condición de Medio Propio en la auditoría de cuentas.

Circular Conjunta de la Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, y de la IGAE, de 22 de marzo de 2019, sobre criterios para el cálculo del cómputo del requisito de actividad exigido por la ley 9/2017, de 9 de noviembre, de contratos del sector público en aquellas entidades que sean consideradas medios propios.

Resolución de la IGAE, de 16 de mayo de 2019, 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.



tración Pública o no Administración Pública). En este caso, cabe distinguir lo siguiente:

- 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.

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 (172). Su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados.

El encargo hecho no tendrá la consideración de contrato.

- El sujeto activo (medio propio o servicio técnico): 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.

(172) 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 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 acudir a los Tribunales de Recursos Contractuales en situaciones de igualdad. Solo el Ministerio de Defensa cuenta con un 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, desarrollada por la Instrucción 128/2007, de 16 de octubre, de la Secretaría de Estado de Defensa.



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

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 este, 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 que realiza la auditoría de cuentas anuales, de conformidad con la normativa que resulta aplicable (173).

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.

- Existen más de un «Órgano Responsable del Encargo», que ejerce dicho control sobre el medio propio o servicio técnico. En este caso, cabe distinguir lo siguiente:
 - Los sujetos pasivos (poderes adjudicadores) ejercerán sobre el ente destinatario un control conjunto análogo al que ostentaría cada uno sobre sus propios servicios o unidades.

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.

(173) Con vigencia de 1 de enero de 2021, el apartado dos de la disposición final cuadragésima de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, ha modificado los apartados 2, 4, 5 y 7 del artículo 32 y el apartado 2 del artículo 33 de la LCSP. Esta modificación, obligó a la redacción de una Nota Técnica por la Oficina Nacional de Auditoría 1/2021, de 7 de abril, sobre la consideración de la condición de medio propio en la auditoría de cuentas. La razón no era otra, que los apartados 2 y 4 del artículo 32 y 2 del 33, se habían suprimido que la memoria integrante de las cuentas anuales del ente destinatario del encargo y, fuera objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales, al igual que el apartado 5 del artículo 32, en el caso de incumplimiento ya no comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y se ha añadido el siguiente texto al penúltimo párrafo del apartado 7: «así como a los que celebren los medios propios cuyas funciones sean el fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital». Esta situación, si bien desde el punto de vista de la legalidad tiene plena vigencia, sin embargo, en la Instrucción señalada, se determina que para el auditor no es óbice en el ejercicio de su competencia del examen de las Cuentas anuales, que pueda y deba verificar que el medio propio reúne todos los requisitos de constitución en el marco contable de su memoria. Siendo su justificación fundada en razones de su imagen fiel, gestión continuada, transparencia, riesgos, así como la salvaguarda de la libre competencia establecida en las normas de contratación pública.



- El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos en los que su importe fuera superior a 50.000 euros, Impuesto sobre el Valor Añadido (en lo sucesivo, IVA) excluido.
- El régimen jurídico formal, en que se materializa el expediente del negocio jurídico del encargo a medio propio, será el siguiente:
 - Se debe tener presente que el artículo 32 in fine de la LCSP excluye el carácter contractual de los encargos a medio público (174).
 - No cabe aplicar, por su propia naturaleza, la LCSP por analogía a los encargos a medio propio (175).
 - El artículo 31 de la LCSP, como ya se ha señalado, regula la potestad de auto organización y sistemas de cooperación vertical (encargos) que no tienen calificación de contratos.
 - El artículo 32.1 de la LCSP establece que los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria.
 - La LCSP remite, en relación con los medios propios del ámbito estatal, a la LRJSP.

En consecuencia, teniendo en cuenta las premisas anteriores el expediente del encargo a medio propio (del mismo modo que para la encomienda de gestión) contendrá los siguientes hitos y documentos (176):

- Orden de inicio (en el Ministerio de Defensa, «orden de proceder» del Secretario de Estado de Defensa para aquellos negocios jurídicos recogidos en el

(174) Informe JCCPE número 27/2020.

(175) Así, pese a lo expresado en la disposición final cuarta. «Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados», sin embargo, en el Informe JCCPE número 27/2020, conclusión 4, se expresa de forma literal: «No existe ninguna razón jurídica para aplicar a los encargos a medios propios personificados, de modo supletorio y con carácter general, las normas de los contratos públicos».

(176) La propuesta que se hace en esta obra por los autores nace de los resultados del informe de la IGAE relativo a los principales resultados de control en materia de Contratación Pública conforme al artículo 332.11 de la LCSP del año 2020, en relación con los encargos a medios propios, en los que se pone de relieve la ausencia de un procedimiento reglado del expediente. Por ello, la propuesta formulada en esta obra deriva de los contenidos y requisitos puestos de manifiesto en los informes del Tribunal de Cuentas 1197 y 1088.

- El uso del encargo no se debe, en ningún caso, llevar a cabo prestaciones que impliquen, directa o indirectamente, el ejercicio de potestades y competencias inherentes a los órganos administrativos pertenecientes al correspondiente poder adjudicador que ejecuta el encargo. La titularidad y ejercicio de las potestades administrativas son exclusivas del poder adjudicador. El artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público señalaba que «en todo caso, el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos». Y del mismo modo, la disposición adicional 15.ª de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, prohíbe la encomienda (encargo) de actuaciones que supongan el ejercicio de potestades administrativas en el contexto de la gestión patrimonial. Este hecho ha sido refrendado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (177).
 - Deberá evitarse el recurso a los encargos a medios propios con el fin de suplir carencias estructurales de personal, debiendo ser solventadas estas últimas a través de la adecuada dotación de las plantillas (178).
 - Tampoco podrá utilizarse la figura del encargo para, a través del mismo, financiar actividades que, de otro modo hubieran debido ser objeto de una subvención o una transferencia, o para canalizar actividades acordadas en convenios de colaboración preexistentes.
- Precio del encargo: Contendrá el presupuesto límite, con los precios y magnitudes que sirven para calcular el importe de las facturas resultantes haciendo referencia, si las hubiera, a las tarifas oficiales aprobadas. Por ello se ha de hacer referencia a:
- La resolución de aprobación de las tarifas oficiales.
 - En el caso de prestación de servicios, debe señalarse expresamente la exención del IVA.
 - En caso de tratarse de obras, porcentaje que corresponde a la ejecución de la obra y el que corresponde a la aportación de materiales por parte del medio propio a efectos de determinar la posible exención del IVA.

(177) SSTS de 22 de enero de 2013, y de 14 de septiembre de 2020.

(178) STS de 5 de diciembre de 2013 (considera el encargo de medios personales como una «Cesión ilegal de una trabajadora») e Informe del Tribunal de Cuentas número 1198, de 22 de diciembre de 2016.

- Memoria de Condiciones técnicas que contendrá, al menos, los siguientes contenidos:
 - Características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del encargo.
 - Precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar.
 - En su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes.
 - En los contratos de obras, a los efectos de regular su ejecución, deberá consignar, expresamente o por referencia a los pliegos de prescripciones técnicas generales u otras normas técnicas que resulten de aplicación, las características que hayan de reunir los materiales a emplear, especificando la procedencia de los materiales naturales cuando esta sea una característica de los mismos, y los ensayos a que deben someterse para comprobación de las condiciones que han de cumplir, las normas para elaboración de las distintas unidades de obra, las instalaciones que hayan de exigirse y las medidas de seguridad y salud comprendidas en el correspondiente estudio a adoptar durante la ejecución del contrato. Igualmente, detallará las formas de medición y valoración de las distintas unidades de obra y las de abono de las partidas alzadas, y especificará las normas y pruebas previstas para la recepción.
- Certificado de insuficiencia de medios personales y materiales, de acuerdo con la legislación vigente, así como la acreditación, por parte del medio propio, que es idóneo para la realización de las prestaciones y que están comprendidas en su objeto social, conforme con la norma o acuerdo de creación del medio propio que lo vaya a realizar, todo ello en aras de la observancia de los principios de economía y eficiencia que rigen la actividad administrativa.
- Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos y acta de replanteo previo, cuando proceda por razón de cuantía, y, en caso contrario, pronunciamiento expreso de que las obras del proyecto no afectan a la seguridad, estabilidad o estanqueidad de la obra.
- Certificados de existencia de crédito, y, en su caso, de retención de crédito.
- Memoria de declaración de urgencia, en su caso. Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los encargos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada(179).

(179) Resolución del TACRC número 102/2017, e Informe JCCPE número 14/2021.

- Autorización del encargo por Consejo de Ministros: Señala el artículo 32.6.c) de la LCSP la necesidad de autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo sea igual o superior a 12.000.000 de euros, y cuando las modificaciones superen el 20 por ciento del importe de encargo. Esta autorización deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el «Órgano Responsable del Encargo» correspondiente.

Los órganos competentes para la celebración del encargo remitirán, al menos, el texto del encargo, el informe del servicio jurídico, y el certificado de existencia de crédito.

- Informe de la Asesoría Jurídica.
- Documentos acreditativos de la autorización y compromiso del gasto, acordados por la autoridad competente, de las cuales va a derivar el gasto que implica el encargo, y que serán objeto de fiscalización previa
- Fiscalización previa a la aprobación del gasto y su compromiso, en los supuestos que proceda, que corresponderá al Interventor Delegado de la Autoridad que gestione el gasto que implica el encargo.
- Documento de formalización del encargo, que recogerá, como mínimo, los siguientes aspectos:
 - La identificación de las partes.
 - La acreditación de la capacidad de los que suscriben el encargo.
 - Definición del objeto encargo, atendiendo a las estipulaciones recogidas.
 - Referencia a la legislación aplicable al encargo.
 - La enumeración de los documentos que integran el encargo.
 - El precio de la compensación económica que se debe abonar al medio propio por la realización del encargo atendiendo a las tarifas vigentes, citándose la resolución aprobatoria de las mismas. Así mismo, se expresará la exención del IVA cuando corresponda.

Las tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio. Los servicios realizados al amparo del encargo se calcularán de conformidad con los términos y condiciones señaladas en la resolución o disposición que haya aprobado las tarifas (180).

(180) En el ámbito del Ministerio de Defensa, el Director General de Asuntos Económicos es la autoridad competente para aprobar las tarifas de las entidades que tengan la consideración de medio propio o servicio técnico, y estén adscritas al Departamento, a los efectos previsto en la legislación de contratos del sector público, en virtud del artículo 3.1.b) de la

- La duración del encargo o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga, si estuviere prevista. Deberá ser limitada en el tiempo, en función de las actividades concretas y puntuales que comprenden el objeto del mismo, teniendo como plazo máximo genérico de un año, sin perjuicio de poder establecer, de forma excepcional, expresa y restrictivamente, la posibilidad de adoptar prórroga debidamente justificada. Todo encargo cuyo ámbito temporal supere el año, deberá contar, además, con carácter previo a su celebración, con el informe favorable de la Subsecretaría de Hacienda, en virtud de su Instrucción de 5 de julio de 2013(181).
- Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones objeto de encargo.
- Las condiciones de pago y, en caso de su expreso establecimiento, el régimen de abonos a cuenta y sus correspondientes garantías.
- Los supuestos en que procede la modificación del encargo, en su caso.
- Los supuestos en que procede la resolución del encargo.
- El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará la compensación correspondiente al encargo, en su caso.
- La extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al ente propio que realice el encargo.
- El régimen de subcontratación deberá estar contemplado expresamente en el documento de formalización del encargo, con exigencia de autorización expresa del órgano que realice el mismo y limitada a prestaciones accesorias al objeto principal del encargo.

En aplicación del artículo 32.7.b) de la LCSP, el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo, salvo en los casos indicados en el artículo 32.7 relativo a las concesiones de obras o servicios.

- Se recogerán, en el documento de formalización del encargo, los medios de control aplicables a la ejecución del mismo.
- Asimismo, se ha de recoger y verificar por el órgano que ordene el encargo, que el medio propio no podrá participar en los procedimientos de contrata-

Orden DEF/244/2014, de 10 de febrero, por la que se delegan facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa.

(181) Instrucción de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas en materia de centralización de contratos de 5 de julio de 2013.

<https://contratacioncentralizada.gob.es/documents/11614/11800/Instrucci%C3%B3n+centralizaci%C3%B3n+contratos.pdf/833786d8-41ac-40ef-87f0-65fa71677d67>.



ción iniciados por los diferentes órganos de contratación de los que fuera medio propio, según sus estatutos o acuerdo de constitución.

Por último, se va a hacer referencia a una serie de circunstancias a tener en cuenta en el cumplimiento del expediente del encargo a medio propio con relación:

- Al personal que ejecuta el encargo: En materia de personal, el «Órgano Responsable del Encargo» deberá de extremar la necesidad de separar y diferenciar su personal y el perteneciente al ente instrumental que recibe el mismo, así como apreciar la inexistencia de personal público para el desarrollo del cometido del encargo (182).
- Modificación y/o prórroga, siempre que estén previstas en el acuerdo de encargo y autorizadas:
 - Certificados de existencia de crédito.
 - Informe de la Asesoría Jurídica.
 - Memorias justificativas de la modificación o prórroga.
 - Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos y acta de replanteo previo, cuando proceda por razón de cuantía,
En caso contrario, pronunciamiento expreso de que las obras del proyecto no afectan a la seguridad, estabilidad o estanqueidad de la obra.
 - Informe de fiscalización previa del gasto, según proceda.
- Documentos acreditativos de la autorización y compromiso del gasto.
- Liquidación del encargo, contendrá:
 - Certificación o acta de conformidad de las obras, bienes o servicios.
 - Factura que, dependiendo de la obra o servicio a realizar, se podrá realizar mensualmente, justificándose con certificaciones provisionales mensuales y regularizaciones trimestrales.
 - Intervención de la liquidación del gasto.
 - Para los encargos de obras, proyecto informado por la Oficina de Supervisión de Proyectos, si procede.

(182) En este sentido, es de aplicación el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, y la Instrucción conjunta de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos, de 28 de diciembre de 2012, 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».

4. NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

De forma genérica, la exclusión que plantea el artículo 7 de la LCSP permite eludir los procedimientos de adjudicación de la Ley en los casos en los que existen normas internacionales que establezcan requerimientos específicos para ello.

El artículo 7.1 dispone que se excluyen del ámbito de la presente Ley los acuerdos (183) que celebre el Estado (184) con otros Estados o con otros sujetos de derecho internacional (185).

(183) 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 el artículo 94 de la Constitución. La Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Sobre esta materia es preciso consultar las Convenciones celebradas en Viena.

La primera, 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 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.

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.

(184) HARIOU, A., *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Editorial Ariel. Barcelona. 1971, pp. 147 ss. El concepto de Estado 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.

(185) El tercer concepto, «sujetos o entidades de Derecho Internacional», son aquellos que se equiparan a los Estados, al reconocerles un «status» equivalente por los tratados internacionales por ser titulares de derechos y obligaciones propios de esta naturaleza, el ejemplo más palpable sería, entre otros, los casos de Cruz Roja, de la UNESCO, o de la FAO. A estos se les exige que hayan de estar dotados de órganos permanentes propios e independientes encargados de gestionar intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídica distinta de la de sus miembros. Según la Corte Internacional de Justicia de la Haya en el fallo *Folke de Bernadotte* exige para considerar sujetos o entidades de Derecho Internacional:



Pese a contar con relaciones de poder, no tendrán la condición de sujetos de derecho internacional tanto las empresas multinacionales, las federaciones deportivas internacionales y las organizaciones no gubernamentales (ONG). Casos aparte, por razones históricas, son los de la soberana Orden de Malta, en tanto que tiene posibilidad de concertar tratados internacionales para llevar a cabo su actividad hospitalaria y asistencial, y el Comité Olímpico Internacional. En cuanto a la Iglesia Católica tiene consideración de Estado a través de sus concordatos.

El artículo 7.2 establece que estarán también excluidos 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 TFUE 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.

El artículo 7.3 dispone que quedarán excluidos 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, íntegra o mayoritariamente, por esa institución.

5. NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EN EL ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN, EL DESARROLLO Y LA INNOVACIÓN

El artículo 8 de la LCSP excluye los negocios y contratos del ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación (186). Su confusa redacción, en un principio parece una contradicción con uno de los seis objetivos básicos que tenía la Comisión en 2011 (187), cuando se planteó redactar la Directiva con la idea de

-
- La necesidad de poseer personalidad jurídica internacional para que la organización pudiera cumplir sus cometidos.
 - La existencia de órganos a los que se les ha encomendado el cumplimiento de tareas específicas.
 - La existencia de obligaciones de los miembros con respecto a la organización. Ej. realización de aportes económicos.
 - La posesión de capacidad jurídica, privilegios e inmunidades en el territorio de sus miembros.
 - La posibilidad de que la organización celebre acuerdos con sus miembros. <https://www.icj-cij.org/en/case/4>

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

(187) Bruselas, 20 de diciembre de 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).



desarrollar procedimientos más eficaces que promuevan la innovación (como el procedimiento de asociación para la innovación, recogido en el artículo 177 de la LCSP). En concreto, la norma hace una exclusión genérica a todos los negocios y contratos de Investigación, el Desarrollo y la Innovación para, acto seguido, señalar, *a sensu contrario*, que si cumplen acumulativamente las siguientes condiciones se regularán por la LCSP:

- 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.
- Que su objeto esté determinado por los CPV (188) (Vocabulario Común de Contratos Públicos) siguientes:

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),

El artículo 8 de la LCSP, aunque es transcripción del artículo 14 de la Directiva 2014/24/UE, sin embargo, invierte el sentido positivo de la Directiva, y sustituye la expresión «contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo» por la de «contratos de investigación y desarrollo», hecho que sugiere que el objeto de tales contratos pueda comprender no solo servicios sino también suministros u otras prestaciones.

El criterio de exclusión del artículo 8 hace diferencia, exclusivamente, el cumplimiento de las anteriores condiciones en las que se atiende, por un lado, a la codificación del contrato y, por otro, a la participación externa en la financiación o en la rentabilidad del mismo (189). La justificación de esta exclu-

(188) Vocabulario Común de Contratos Públicos (*Common Procurement Vocabulary*).

(189) Informe JCCPE números 13/2011, de 10 de mayo de 2012, y 38/2018, de 2 de julio. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma

sión es el fomento de la cofinanciación de programas de investigación y desarrollo por parte de la industria, de conformidad con el Considerando 35 de la Directiva 2014/24/UE (190). Su razón es que la exclusión de estos contratos «cofinanciados» o con «beneficio compartido» tiene características similares a las de los convenios, pues se rigen por sus propias normas, responden a un interés común y no presentan un carácter oneroso. Son las condiciones relativas a la financiación de la actividad de investigación y a la titularidad de los derechos de utilización de los resultados las circunstancias que por sí solas determinan la exclusión o no del contrato del ámbito de aplicación de la LCSP.

Por lo tanto, la Ley se aplicará, de manera obligatoria, a aquellos servicios de I+D, cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al órgano de contratación (en realidad, al Poder Adjudicador al que representa) para su utilización en el ejercicio de su propia actividad (beneficios no compartidos), siempre que el órgano de contratación remunere totalmente la prestación del servicio (no cofinanciados).

En cuanto a cuestiones que se pueden suscitar que invalidan la exclusión, se encuentran las siguientes:

La primera es delimitar el término de «investigación» que lógicamente no existe ni en la Directiva ni en la LCSP, por lo que habrá que acudir a La Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en lo sucesivo, LCTI). Así, su artículo 1, con un concepto amplio, se refiere a la investigación, el desarrollo experimental y la innovación como elementos sobre los que ha de asentarse el desarrollo económico sostenible y el bienestar social. Su artículo 2 establece como el primer objetivo general de la Ley, el fomentar la investigación científica y técnica en todos los ámbitos del conocimiento. Por otra parte, indirectamente, el artículo 13 de la LCTI, al definir qué se considera personal investigador a efectos de dicha ley, efectúa una descripción de la actividad investigadora entendiéndola como «el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación». En consecuencia, debe concluirse que, independientemente de que el contenido del contrato se encuentre o no comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP, su consideración como contrato de investigación y desarrollo

de Aragón número 24/2018, de 31 de octubre. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias número 3/2012, de 10 de abril.

(190) Considerando 35 de la Directiva 2014/24/UE «Debe fomentarse la cofinanciación de los programas de investigación y desarrollo (I+D) por parte de la industria. Como consecuencia, ha de precisarse que la presente Directiva solo es aplicable en los casos en que no exista esa cofinanciación y en que los resultados de las actividades de I+D sean imputables al poder adjudicador de que se trate».

depende de que los trabajos objeto del contrato puedan entenderse comprendidos en la definición que señala la LCTI y de que su finalidad se corresponda con alguna de las indicadas en esta ley.

La segunda cuestión, a delimitar es el término «beneficios», en tanto que la Ley no lo matiza y puede precisar establecer un marco conceptual preciso. Así, la precisión de acotar si se está ante un concepto estricto referente al proyecto de investigación en cuestión, o ante un concepto amplio de beneficios no económicos de interés para las universidades y organismos de investigación en general. En orden a analizar esta diatriba de la Ley, a juicio de los autores de esta obra, es preciso distinguir entre:

- «Beneficios cuantificables», es decir, beneficios monetarios derivados de la posterior transferencia de la propiedad generada con la actividad de I+D contratada, a través, por ejemplo, de acuerdos de comercialización o licencias.
- «Otros Beneficios cuantificables», entre los que se encontrarían, por ejemplo, los indicadores de realización de tesis doctorales, de contratación de personal investigador, de publicaciones científicas, o de registro de propiedad industrial e intelectual de resultados.
- «Beneficios cualitativos no-cuantificables», como serían, por ejemplo, iniciar o continuar con una línea de investigación del Grupo de I+D+i o la contribución a la misión de transferencia de la Universidad.

La tercera cuestión, es considerar que los beneficios «pertenezcan en exclusiva al poder adjudicador». En relación con la misma, cabe señalar que el asunto se centra en dilucidar:

- Si la titularidad se refiere a los resultados que surjan de la investigación que se contrate o solo a la explotación comercial de los resultados.
- Si la Administración Pública que contrata priva automáticamente al organismo proponente de todos los beneficios anteriormente mencionados, dado que se los reserva para su propio uso y en exclusiva.
- Si el contrato de servicio de I+D excluido de la LCSP, da derecho a todos o parte de los anteriores beneficios.

La solución propuesta por los autores de esta obra viene de manos del viejo aforismo jurídico *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, y considera que todos los puntos anteriores son válidos siempre que se acredite que hay una relación directa y exclusiva entre negocio jurídico o contrato con el poder adjudicador.

6. RELACIONES JURÍDICAS, NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EN EL ÁMBITO DEL DOMINIO PÚBLICO Y EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL (191)

Tradicionalmente, nuestra jurisprudencia para la aplicación de la legislación contractual o la patrimonial, utilizaba como elemento diferenciador un «criterio finalista», para calificar los contratos celebrados por una Administración Pública, y el de la «actividad prestacional» para la mera explotación de un bien de dominio público o patrimonial. De esta manera, se resolvía si cabía entender que se estaba ante un contrato administrativo o ante un negocio patrimonial, y, así, poder aplicar el bloque normativo adecuado para llevar a cabo la tramitación del procedimiento administrativo en cuestión (192).

El artículo 9.1 de la LCSP se centra en dejar fuera del ámbito de aplicación de la Ley:

- Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público. 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 (193).

El artículo 132.1 de la Constitución 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 (en lo sucesivo, LPAP), 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 acudirse a

(191) Directiva 2014/24/UE [artículo 10 a)], y Directiva 2014/23/UE [artículo 10.8 a)].

(192) SSTs de 19 de octubre y 28 de noviembre de 1981, de 2 y de 14 de julio de 1982, de 30 de octubre de 1983, de 11 de marzo, 11 de noviembre, y de 26 de noviembre de 1985, de 8 de marzo de 1986, de 5 de octubre de 1993, de 4 de octubre de 2005, y de 12 de julio de 2018. Dictamen del Consejo de Estado número 1100/1995, de 11 de octubre. Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en lo sucesivo, JCCA), número 67/1996, de 18 de diciembre, e Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón número 13/2018, de 30 de mayo.

(193) Informe JCCA número 5/1996, de 7 de marzo, en el que 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».

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 (artículo 86.1 de la LPAP). Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público se encuentran recogidas con carácter general en los artículos 91 a 104 y siguientes, aunque hay que tener en cuenta que diversas normas sectoriales también las regulan (Costas, Puertos...), así como el artículo 80.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y los artículos 1,2 y 3 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

Señalar que se estará ante un contrato administrativo cuando, atendiendo a la obtención de una finalidad pública, prevalece el interés público en el servicio a obtener (aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), mientras que en la concesión demanial prevalece el interés privado de instalación de un negocio que requiere la cesión de un bien de dominio público mediante utilización privativa, con un claro beneficio del particular que ocupa el espacio cedido(194).

- Los contratos de explotación de bienes patrimoniales (195), toda vez que estas licitaciones no tienen por objeto un contrato sujeto a la LCSP sino una autorización administrativa para el aprovechamiento privativo del dominio público de las previstas en los artículos 105 a 109 de la LPAP, y 79 a 89 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

En el artículo 9.2 de la LCSP (196) destacan como principales notas las siguientes (197):

- Declara la exclusión de los contratos patrimoniales que consisten en operaciones propias del tráfico privado si recaen sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales.

(194) Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 49/2017, de 15 de febrero.

(195) Resolución del TACRC número 967/2019.

(196) Este artículo 9.2 de la LCSP, fue recurrido ante el Tribunal Constitucional, siendo decretada su constitucionalidad en la STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE número 97, de 23 de abril de 2021).

(197) Informe JCCPE número 58/2018.

- Expresa que estos contratos tienen siempre carácter privado y se rigen por la legislación patrimonial.
- Excepciona el caso de la compraventa de programas de ordenador siempre que este negocio deba ser calificado como un contrato de suministro o de servicios, en el supuesto de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida. En este último caso, se considerarán contratos de servicios al tener un componente que los cualifica por causa de su carácter individualizado y exclusivo para el cliente público y, en consecuencia, no susceptible de venta masiva y que incluso cuentan con su propia codificación CPV bajo los epígrafes 84210-84250, 84990 y 84240.

Por otra parte, en relación con las singularidades que plantean esta exclusión del artículo 9.2 de la LCSP, se destaca lo siguiente:

- Los contratos de compraventa de inmuebles, que se regularán por lo dispuesto en los artículos 16,19, 115 y 116 de la LPAP (198).
- Los valores negociables.

La derogada Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, definía los valores negociables como «las categorías de valores que son negociables en el mercado de capitales, a excepción de los instrumentos de pago, como: a) acciones de sociedades y otros valores equiparables a las acciones de sociedades, asociaciones u otras entidades y certificados de depósito representativos de acciones».

Por otra parte, este tipo de contratos no están descritos en el Anexo IV de la LCSP.

En consecuencia, se excluyen de la LCSP todos los negocios jurídicos de compra de acciones de sociedades mercantiles privadas, los préstamos participativos, la selección de fondos de inversión, ya que no puede calificarse como un contrato público (199).

Asimismo, estarán excluidos los contratos relativos a servicios financieros relacionados 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

(198) Informe JCCPE número 2/2020.

(199) Informe JCCPE número 20/2016, de 10 de octubre de 2018. Calificación de contrato de participación financiera en empresas privadas.

obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería (200).

- Las propiedades incorpóreas.

Se considera la exclusión cuando mediante una contraprestación se pague al autor por la transmisión de la titularidad o ejercicio de derechos tales como la reproducción, distribución, comunicación pública y la transformación de la obra, en los términos que para estas actividades establece el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, y la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. Es de señalar, que los gastos por tramitación y gestión pagados a una oficina de patentes y marcas o gestoría no están excluidos de la LCSP en tanto que revisten la naturaleza de contrato de servicios.

- Derecho de superficie sobre bienes de naturaleza patrimonial.

El contrato por el que una entidad constituye un derecho de superficie sobre bienes de naturaleza patrimonial ostenta el carácter de contrato privado sujeto a la legislación patrimonial (201).

Luego, como señala el inciso final del artículo 9.2 de la LCSP, no altera esta naturaleza si la prestación propia del contrato patrimonial puede calificarse como principal conforme a la Ley. Si la prestación predominante es la propia de un contrato administrativo típico, esta será la naturaleza jurídica del contrato en cuestión (202).

- Derecho de arrendamiento de bienes inmuebles.

Los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles son contratos privados que se registran por la legislación patrimonial. Por ello, no pueden aplicarse a los mismos las modalidades que regulan los contratos, como el procedimiento negociado y el contrato menor (203). Salvo la excepción de entenderlo contrato administrativo especial, en el resto de los contratos de arrendamiento el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan en estos contratos. No obstante, se considerarán

(200) Informe JCCPE número 18/2011, de 1 de marzo de 2012. Aplicación de la prohibición de contratar en los procedimientos de adjudicación de los contratos relativos a servicios financieros.

(201) LPAP, aplicable para la Administración General del Estado.

(202) Informes JCCPE números 37/2010, y 58/2019.

(203) Informes JCCA números 66/2000, 47/2011, y 17/2016.

actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación y podrán ser impugnados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Se regularán por su legislación específica, salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la LCSP. Así la LPAP los regula en los artículos 122 a 128 de la misma.

– Cafeterías:

Ha sido un asunto controvertido y cambiante, si bien la nueva LCSP ha puesto fin a los diferentes criterios mantenidos y que han sido recogidos por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (204):

- El contrato consistente en la prestación del servicio de bar, restaurante o cafetería en dependencias calificadas de dominio público y retribuido mediante la explotación del mismo, no debe ser calificado como contrato administrativo especial conforme a la nueva LCSP, sino como contrato de concesión de servicios en el caso de que concurra el requisito de la transmisión del riesgo operacional. En el caso de que este último requisito no concurra se calificará como contrato de servicios.
- La forma en que se hayan establecido las condiciones del instrumento que regula la relación jurídica establecida entre la entidad pública y el administrado puede, bajo ciertas condiciones, determinar que estemos en presencia de una concesión demanial.
- Si el contrato se tramita como un contrato de concesión de servicios no podrá aplicarse el régimen jurídico de los contratos menores previsto en el artículo 118 de la LCSP. Si se califica como contrato de servicios se podrá aplicar dicho régimen jurídico si su valor estimado no supera los 15.000 euros.
- En el caso de los contratos administrativos especiales sí es aplicable la regulación del contrato menor.

Con relación a la aplicación de forma genérica de la LCSP en la tramitación de negocios patrimoniales, a juicio de los autores, carece de efectividad en tanto que la remisión que realizaba la normativa patrimonial no es coherente con la ley contractual vigente al estar claramente excluida de su ámbito de aplicación. Además, el artículo 346.3 de la LCSP exceptúa la remisión al Registro de Contratos del Sector Público de la información relativa a los contratos patrimoniales, por cuanto son contratos excluidos de su ámbito de aplicación.

(204) Informe JCCPE número 87/2018.

Por otra parte, la disposición adicional segunda de la LCSP prevé en su apartado 9.º que en las entidades locales corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales la competencia para la celebración de los contratos privados, así como la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando el presupuesto base de licitación, en los términos definidos en el artículo 100.1 de la LCSP, no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de 3.000.000 de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados. En los casos que se superen los límites será competencia de los respectivos Plenos.

7. NEGOCIOS JURÍDICOS Y CONTRATOS EN EL ÁMBITO FINANCIERO (205)

El artículo 10 de la LCSP recoge 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 (206), 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 una mejor determinación del 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, referencia que hay que entender hecha a la vigente Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se

(205) Directiva 2014/24/UE [artículo 10.e) y f) y Considerando 26] y Directiva 2014/23/UE [artículo 10.8.e) y f)].

(206) Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad de Valenciana número 8/2016, de 30 de noviembre.

modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. 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 (207) y 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.

Sin embargo, es el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, el que en el artículo 2, relativo a los instrumentos financieros sujetos a esta Ley, recoge en un listado que determina su concepto.

En relación con 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, es de señalar que al estar excluidos de la LCSP tienen naturaleza de contratos de servicios privados cuya adjudicación y preparación se rige por sus normas específicas, y, en su defecto, por la LCSP (208).

Del mismo modo, en lo que se refiere a los avales bancarios, es de señalar que no cabe su exclusión, y sí quedan sujetos a la LCSP. Señalando que su régimen jurídico aplicable es el artículo 26 de la LCSP, variando en función de la condición de Administración Pública o de poder adjudicador no Administración Pública de la entidad que licita y suscribe el contrato. Con independencia de las disimilitudes en el régimen jurídico, en ambos casos la naturaleza del contrato es privada (209).

8. OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS O CONTRATOS (210)

El Legislador recoge en el artículo 11 de la LCSP un conjunto de exclusiones de diversa índole. Esta circunstancia pone en evidencia la calidad jurídica de la norma, en tanto que el único elemento común que tienen, es que todas

(207) Ver p. Web del Ministerio de Economía Industria Competitividad <http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.b6c80362d9873d0a91b0240e026041a0/?vgnextoid=e32f7cb59784c310VgnVCM1000001d04140aRCRD>

(208) Informe de la Junta Consultiva de la Generalitat de Catalunya número 5/2014, de 27 de febrero.

(209) Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya número 5/2020, de 27 de marzo.

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

ellas son tratadas por la singularidad de una legislación especial. A tal efecto diferencia entre:

- Las relaciones al servicio de las Administraciones pública y Entidades dependientes, dentro de las cuales distingue:
 - Los servicios prestados por los empleados públicos, es decir, por el «personal estatutario» (211). En consecuencia, toda vinculación de la Administración Pública y sus servidores, quedan fuera de la LCSP.
 - Los prestados por personal sujeto a la legislación laboral que se regirá, preferentemente, por el 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 (212).

- Las relaciones jurídicas de naturaleza tributaria (213).

Son estas las 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. Es la vigente Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, la que define y establece el marco de estos conceptos excluidos de la LCSP. Para su aplicación se han de reunir todos los requisitos exigidos por la normativa tributaria, ya sea estatal, autonómica o local, y de manera particular, poder acreditar su exención con su publicidad en los boletines oficiales correspondientes. La razón es que es un error muy frecuente, considerar con este carácter, a meros tarifarios de precios de determinadas entidades públicas.

- 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 (214), salvo en supuestos muy excepcionales relacionados con

(211) 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, que incluye tanto al personal funcionario como laboral: Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

(212) En relación con la exclusión del artículo 310.1 de la LCSP, referente al régimen de contratación para actividades docentes de la preparación y adjudicación del contrato, ver Informe JCCPE número 37/2019.

(213) Este tipo de relaciones jurídicas se encuentran recogidas en el artículo 11.2 de la LCSP y en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

(214) 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.



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 (215). Este hecho supone ir contra prácticas cada vez más asentadas en las relaciones jurídico-privadas empresariales de la utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional para la solución de conflictos (216). Esta excepción supone un paso atrás al abandonar los criterios de «arbitrabilidad» que el artículo 50 del TRLCSP admitía y que se había iniciado con la 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al aceptar, con carácter general, dicha posibilidad para solventar 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 (217).

- 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

(215) 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 LGP posibilitaba el sometimiento a arbitraje de las controversias relativas a derechos de la Hacienda Pública, cuando este 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 del Consejo de Ministros, pero lo permitía respecto a los contratos celebrados en el extranjero con empresas extranjeras.

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

(217) El Sector Público empresarial se aglutina en torno a las Entidades Públicas Empresariales y a las sociedades públicas. A título de ejemplo, se incluye el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), Puertos del Estado y Autoridades Portuarias de España, y todas las sociedades del Estado, tanto las participadas por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) como las dependientes de la Dirección General de Patrimonio del Estado (entre otras, Agencia EFE, la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas de España (ACUAES), y la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas Mediterráneas (ACUAMED).

esta la que genera la necesidad de aplicar la normativa de contratos del Sector Público con el nivel de sujeción que corresponda (218).

Es de señalar, que esta exclusión cabe en el caso del artículo 36 de la LCTI para la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad investigadora, y particularmente los referentes a la prestación de servicios de investigación y de asistencia técnica, que se considerará sujeta al derecho privado.

(218) Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya números 4/2013, de 11 de abril, y 6/2017, de 16 de mayo. Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón número 19/2016, de 28 de septiembre. Informe JCCA número 17/2010, de 23 de mayo de 2011, sobre «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 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».



Sin embargo, la exclusión de la licitación pública conforme a la LCSP, solamente cabe cuando la entidad receptora del servicio, bien privada o pública, no sea una entidad sujeta a la LCSP. Si, por el contrario, se trata de una fundación pública, un consorcio u otra universidad pública, receptores de los servicios científicos, pero sujetas con mayor o menor intensidad a la LCSP, su contratación habrá de someterse a licitación.

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

Es en esta exclusión en la que se observa, a juicio de los autores de esta obra, una disfunción en la LCSP ya que en el Apartado V del Preámbulo 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, [...] (219)».

Sin embargo, en el artículo 11.5 de la LCSP se encuentra una de las mayores contradicciones del Legislador en relación con su voluntad de transparencia que inspira el artículo 3.4 de la misma Ley ya que se excluyen 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) (220). 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 un porcentaje muy alto del gasto que se financia por parte del Erario Público.

- La prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos (221).

(219) Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, de financiación de los partidos políticos.

(220) 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/recategoria.208/chk.6382e5d9e72135346797141e6f9f6d96>.

(221) Sin embargo, como señala la conclusión del Informe JCCPE número 52/2018: «Para la prestación de servicios sociales por parte de una entidad privada no es necesario acudir a un contrato público. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en consonancia con la normativa comunitaria, permite a la Administración titular del servicio optar por diversas fórmulas entre las que se encuentra la prestación directa o indirecta y, dentro de

Esta exclusión de los contratos de servicios sociales se justifica por la presión social (222) al tiempo que la jurisprudencia comunitaria (223) lo fundamentaba en su escasa cuantía por encontrarse en la mayoría de sus supuestos por debajo de los valores estimados de los umbrales comunitarios. Este hecho que hacía impreciso la necesidad de constitución de garantías definitivas por las empresas adjudicatarias, al igual que los criterios de adjudicación no podían fundamentarse tan solo en el precio. Como consecuencia de estas circunstancias, se excluyeron estos contratos (224).

– En relación con los contratos de servicios jurídicos:

El artículo 19.2.e) de la LCSP efectúa las siguientes exclusiones (225):

- La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.
- El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el párrafo anterior, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.
- Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.
- Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos, cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.

esta última, mediante la concesión, siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos, o el contrato de servicios» (el subrayado es de los autores de esta obra).

(222) 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 prevé 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 2016, 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>

(223) SSTJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare*, de 11 de diciembre de 2014, *Spezzino*, y de 28 de enero de 2016, *Casta*.

(224) Directiva 2014/24/UE (artículo 4. d) y Considerandos 6 y 114).

(225) La Directiva 2014/24/UE los excluía de forma expresa en el artículo 10.d).



- Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

Sin embargo, sí que están sujetos a regulación armonizada el resto de servicios jurídicos, distintos de los antes señalados, cuyo importe sea superior a 750.000 euros y estén incluidos en el Anexo IV (servicios sociales y otros servicios específicos), con los Códigos CPV 79100000-5 a 79140000-7 (226).

(226) Este criterio nace de un criterio mantenido por la Abogacía General del Estado (Informes números 1/2018, y 45/2018) en función del cual se concluye, con independencia de la naturaleza pública o privada de la entidad contratante y del carácter administrativo o privado del contrato resultante, lo siguiente:

- La prestación de servicios consistentes en la defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado no puede ser calificada como contrato sujeto a regulación armonizada cualquiera que sea su valor estimado, cuyo régimen jurídico será el que corresponda conforme a los criterios de la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre Contratación Pública (DOUE C 179/2, de 1 de agosto de 2006).
- La defensa jurídica en juicio de una entidad del Sector Público puede también contratarse por cualquiera de los procedimientos descritos en la LCSP y, en este caso, debe efectuarse de forma conjunta, mediante la adjudicación de un solo contrato, teniendo en cuenta la cuantía global de todos los juicios o prestaciones jurídicas que comprenda, si ello fuera posible, o si no, en atención al plazo de duración de ese servicio de defensa legal, para lo cual deben respetarse los principios de publicidad y libre concurrencia, por lo que es aconsejable la celebración de un único contrato de representación y defensa en juicio y no de uno por cada juicio que se celebre.
- La anterior conclusión no excluye, sin embargo, que la especificidad o excepcionalidad propia de determinados casos requieran, por ejemplo, de una especialización jurídica determinada, o que puedan dar lugar a la contratación singular de la defensa jurídica para un pleito determinado, previa justificación de esta peculiaridad en el expediente.



Quinta Parte

ASPECTOS TRONCALES

1. INTRODUCCIÓN

La defensa del interés público y el respeto a los principios derivados del TFUE constituyen las bases de la regulación de esta materia. Como ya se ha señalado en la Primera Parte de esta obra, dedicada a Los «Fundamentos de la Contratación Pública», la Comisión Europea, en su «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» (227), señaló, como una de las seis líneas de su Estrategia en materia de Contratación Pública, eran «el aumento de la transparencia, integridad y mejores datos».

Sentado lo anterior, es preciso resaltar que, como ya se ha señalado, aunque la LCSP establece diferentes niveles de aplicación subjetiva de la misma, 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 general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos».

(227) De 3 de octubre de 2017, COM (2017) 572 final.



2. NECESIDAD E IDONEIDAD DEL CONTRATO

A. Planteamiento general

El artículo 28.1, 2 y 3 de la LCSP, aunque es un precepto que no ha dado lugar a procesos contenciosos desde su entrada en vigor, sin embargo, si es procedente realizar los siguientes comentarios:

- Respecto del apartado 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 (228), debiendo dejar constancia con precisión de la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse, de la idoneidad de su objeto y del contenido para satisfacerlas en la documentación preparatoria del contrato antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación (229), 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.

A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. Respecto de esta referencia a la «documentación preparatoria», es preciso indicar que se trata de la fase interna del contrato en la que la entidad del Sector Público perfila su voluntad de contratar. Dicha fase, en el caso de los contratos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública, se denomina expediente de contratación (230).

(228) Resolución del TACRC número 1065/2017, de 17 de noviembre.

(229) Resolución del 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».

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



Respecto de la fase interna del contrato, la cuestión clave que tiene directa relación con el artículo 28 de la LCSP, sobre la idoneidad y necesidad del contrato, en el caso de 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 reglamentario, en el Real Decreto 66/2008, de 25 enero, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2008 (231).

- En el apartado 2, añade una referencia a la incorporación de consideraciones sociales y medioambientales (232) 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, se orienta 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».

B. Programación anual de la actividad contractual

El artículo 28.4 de la LCSP dispone que las entidades del Sector Público programarán la actividad de Contratación Pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada.

(231) 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.

(232) 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.

Además, destaca «la ausencia informativa de la fase final del contrato y su ejecución, siendo este uno de los aspectos cuya información más solicita por los ciudadanos».

3. LIBERTAD DE PACTOS

A. Su importancia

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 (236).

A diferencia del principio de autonomía de la voluntad que rige en el ámbito del Derecho Privado (237), en el que las partes pueden consensuar todo lo que no les esté expresamente prohibido, en el de ámbito del Derecho Administrativo los contratantes tienen una vinculación positiva al bloque normativo de modo que solamente podrán consensuar, en virtud del principio de libertad de pactos, aquellos aspectos que, o bien la norma contemple con carácter dispositivo, o bien no regule expresamente, siempre que no sea contrario al interés público y a los principios de buena administración.

Ejemplo de la importancia de lo que se indica, son los siguientes aspectos:

- Cuando el artículo 34 de la LCSP indica 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, se está refiriendo, no solamente a la LCSP y su normativa de desarrollo, sino al resto de normas que son aplicables a un deter-

(236) Véase, como ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2009, en la que se planteaba la posibilidad de que en los pliegos el órgano de contratación pudiese 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 las 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.

(237) Artículo 1255 del Código Civil.

minado objeto contractual (238) (por ejemplo, en materia de riesgos laborales o de protección de datos de carácter personal).

Un buen ejemplo, a juicio de los autores de esta obra, es el que se va a analizar en esta obra a propósito de la introducción de un criterio de «arraigo territorial» (239). Es bien conocido que la introducción de tales criterios produce, en términos generales, la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación en materia contractual (240). Sin embargo, en determinados supuestos es preciso realizar un análisis en detalle de la naturaleza del contrato. Así sucede, por ejemplo, con los contratos de servicios de recogida, transporte y eliminación de desechos hospitalarios, en los que, aparte de los principios rectores de la Contratación Pública del artículo 1 de la LCSP, deben aplicarse los de autosuficiencia y proximidad, a tenor de lo previsto en la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos (241). Por ello, aunque existe un principio general de igualdad y no discriminación en materia contractual, sin embargo, no impide que uno de los criterios de adjudicación de los contratos referidos a la gestión de residuos para su eliminación tome en consideración el principio de proximidad de las instalaciones para primar a aquellas empresas que permitan cumplir en mejor medida con dicho principio, primándose así los objetivos previstos en la citada Directiva 2008/98/CE.

En este sentido la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (242), dispone en su artículo 9.2 dispone que la red estatal integrada de instalaciones de eliminación de residuos y de instalaciones para la valorización de residuos domésticos mezclados (fracción

(238) Véase por su interés la 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 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.

(239) Por ejemplo, en la Resolución del TACRC número 661/2022, de 2 de junio, se señala, en relación con una cláusula de los PCAPS que incluye en un contrato de servicios de vigilancia y seguridad, la inidoneidad de incluir, como criterio para la valoración de la oferta técnica, la «Ubicación de la sede o delegación de la contratista, así como de la CRA, en Sevilla: 6 puntos», porque «lo cierto es que se está imposibilitando, de antemano, a determinados licitadores obtener la puntuación máxima posible...».

(240) Resoluciones del TACRC números 1888/2021, 1889/2021, de 22 de diciembre, y 521/2022 de 6 de mayo.

(241) STS de 9 de diciembre de 2021.

(242) BOE número 85, de 9 de abril, con entrada en vigor el 10 de abril de 2022, salvo en lo previsto en el Título VII sobre Medidas fiscales para incentivar la economía circular, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

resto), deberá permitir la eliminación o la valorización de los residuos «en una de las instalaciones adecuadas más próximas a su lugar de generación, mediante la utilización de las tecnologías y los métodos más adecuados para asegurar un nivel elevado de protección del medio ambiente y de la salud pública». En la misma línea, el artículo 31.1, párrafo tercero, que regula el régimen de los traslados de residuos en el interior del territorio del Estado, establece que «Los traslados de residuos se efectuarán teniendo en cuenta los principios de autosuficiencia y proximidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 9».

- Los PCAPS y los PPTS son la «auténtica Ley del contrato», pero esta expresión ha de ser interpretada en sus justos términos.

En ningún caso, podrán oponerse a los mandatos imperativos que se recojan en la LCSP o en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo (por ejemplo, señalando la posibilidad de contratar con una comunidad de bienes que no se constituya como unión temporal de empresarios, en lo sucesivo, UTE).

Lo señalado quiere decir que las partes deben sujetarse, en todo caso, a lo previsto obligatoriamente en el ordenamiento jurídico (243), y, en consecuencia, el poder de disposición de estas para pactar la eficacia del pliego como ley del contrato se encuentra en un plano subordinado a las normas y principios del ordenamiento jurídico (244) y, en especial, con pleno respeto al principio de

(243) Por ejemplo, en el caso del Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España (BOE número 296, de 8 de diciembre), que establece en su artículo 2, la modificación del artículo 34 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria e introduce una nueva prohibición para contratar al señalar en su apartado 3 que «La autoridad sancionadora competente podrá acordar, además, en las infracciones graves y muy graves, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y la prohibición para celebrar contratos con las Administraciones Públicas, durante un plazo de hasta dos años en las infracciones graves y hasta cinco años en las muy graves».

(244) 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 (PEM), los gastos de control de calidad por un 1,5 por ciento del PEM, al entender que son gastos que debe satisfacer el promotor, esto es, la Administración. Para ello recordó que ninguno de dichos servicios, 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.

jerarquía normativa, de tal modo que solo se puede pactar lo que es derecho dispositivo, no las normas de *ius cogens* (245).

En este sentido, es muy significativa la doctrina del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en lo sucesivo, OARC), sobre la diferencia entre las obligaciones legales sectoriales que afectan a la prestación y la exigencia en los pliegos de determinadas condiciones de solvencia. En relación con este tema señala que, aunque no estén expresamente señaladas en el pliego, resultan igualmente exigibles pues lo contrario sería tanto como afirmar que, a través de lo señalado en los mismos (que carece de rango normativo), se puede eximir del cumplimiento de las obligaciones contenidas en disposiciones normativas pudiéndose llegar al absurdo de que, como el pliego no solicita que los choferes dispongan de carnet de conducir, este requisito sea considerado como no necesario para la prestación del servicio de transporte escolar (246).

- Los PCAPS no deben dedicarse a reproducir ni a «refritar» (247), como suele suceder, los preceptos que se incluyen en la LCSP y sus reglamentos.
- Los PCAPS, en la fase interna del contrato en el que decanta la voluntad de contratar del órgano de contratación, deberían recoger los aspectos estratégicos que matizan y completan la necesidad a contratar y que, para la LCSP y su desarrollo reglamentario, o bien tienen naturaleza dispositiva o bien no regule expresamente, siempre que no sea contrario al interés público y a los principios de buena administración.

Como síntesis de lo señalado, la JCCPE, en el Informe número 126/2018, señala que, a pesar de que los pliegos son la ley del contrato, ello no quiere decir que en los mismos se hayan de reproducir todas las cuestiones aplicables

(245) 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 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».

Resolución del OARC número 49/2012, sobre la naturaleza estrictamente legal de las prohibiciones para contratar que, por ello, escapan al principio de libertad contractual que se reconoce al órgano de contratación en los pliegos.

(246) Resolución número 97/2015, de 8 de septiembre.

(247) Con esta expresión se quiere hacer referencia a la práctica en la que el órgano de contratación intentar recoger lo previsto en el ordenamiento jurídico, pero dando una redacción personal y sumaria. Suele ser el origen de muchos problemas de invalidez de los contratos.

previstas en la LCSP y mucho menos que los mismos puedan entrar en colisión con lo previsto en ella.

Lo razona de esta manera:

«Como es comúnmente reconocido, los pliegos son considerados *lex contractus*, de modo que vinculan tanto a la entidad pública contratante como a los licitadores y al contratista e incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes en el contrato. En este sentido se ha pronunciado esta Junta Consultiva en sus expedientes 35/2004, 29/2000 o 65/1996, la doctrina del Tribunal Central de Recursos Contractuales (por ejemplo, en la Resolución 929/2017) o la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 27 de mayo de 2009).

Ahora bien, siendo cierta la anterior afirmación, ello no quiere decir que las cláusulas que se incluyan en los pliegos hayan de incluir necesariamente el completo elenco de los derechos y obligaciones del contratista. En efecto, la LCSP, la legislación complementaria y la normativa de desarrollo correspondiente resultan de aplicación directa en todo aquello que no haya sido especificado en los pliegos, los cuales, parece obvio recordarlo, deberán acomodarse a las normas vigentes en todo caso.

Por esta razón, resulta claro que la legislación de contratos públicos no impone que el órgano de contratación incluya en el pliego todos y cada uno de los aspectos que disciplinan el procedimiento de selección del contratista y la ejecución del contrato, sino que, por un lado, *de conformidad con el artículo 122.2 de la LCSP, existe un contenido mínimo obligatorio* que incluye aspectos cuya ausencia supone incumplir esta norma y, *en lo demás, corresponde al órgano de contratación concretar el contenido* de los pliegos de la forma que estime más conveniente de acuerdo con el contrato de que se trate.

Por otra parte, el hecho de que un pliego concreto no incluya una previsión de las de obligatoria inclusión en los pliegos de acuerdo con la LCSP no implica siempre y en todo caso que el pliego deba ser anulado o siquiera rectificado. Será necesario valorar en cada caso los efectos que ello pueda aparejar y las razones que han llevado al órgano de contratación a no detallar determinados aspectos en su pliego» (la cursiva es de los autores de esta obra).

B. Responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias del contratista

Un caso muy importante, que ha venido causando bastante revuelo cuando concurría, era el supuesto en el cual la Agencia Estatal de Administración Tributaria pretendía que el órgano de contratación se convirtiera en responsable subsidiario de las deudas tributarias de sus contratistas.

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades. En ningún caso puede incluirse a la Administración Pública cuando celebra un contrato público.

- Porque la actividad económica principal de una Administración Pública no es la celebración de contratos públicos. La Dirección General de Tributos (Consulta vinculante V0293-04, de 23 de noviembre) ha reconocido, por ejemplo en el caso de los notarios públicos, que su función de fedatario público no puede calificarse como su actividad económica principal a estos efectos. Cuanto menos puede predicarse tal circunstancia de la propia Administración Pública, cuya actuación carece de cualquiera de los atributos propios de una actividad económica de un empresario cuando celebra un contrato público.
- Porque, conforme a la LCSP, una Administración Pública no puede contratar si no ha obtenido previamente una prueba en el sentido de que el adjudicatario del contrato está al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias.
- Porque la relación jurídica que se entabla entre la Administración Pública contratante y el contratista no obliga a la Administración a retener cantidad alguna a los trabajadores del contratista. Tal función corresponde solo al contratista.
- Porque, en el presupuesto base de licitación del contrato, la cantidad pagadera por causa de tributos objeto de repercusión ya está predefinida (artículo 100.1 de la LCSP). La Administración, como consumidor final, ha de pagar el tributo al contratista en todo caso.

Por todo lo expuesto, hemos de concluir que una Administración Pública no queda sujeta, cuando realiza un contrato público, a la responsabilidad del artículo 43.1.f) de la LGT.

4. APTITUD Y CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO

A. Especial referencia a la habilitación empresarial o profesional

a) *Concepto*

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



En relación con dicha cuestión, es preciso advertir, en cada caso, si se vulnera el principio de igualdad entre licitadores al exigir que el adjudicatario, antes de proceder a la formalización del contrato, proceda a acreditar que dispone de la correspondiente autorización para prestar un determinado servicio (por ejemplo, para un Servicio de Teleasistencia), para lo cual será necesario analizar si ello es obligatorio normativamente o si, por el contrario, se trata de un requisito introducido en los PCAPS (250).

Para finalizar, es preciso señalar que el artículo 39.2 a) de la LCSP recoge dentro de las causas de nulidad de los contratos, a diferencia de lo que hacía el TRLCSP, 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.

b) *Naturaleza y momento de acreditación*

Respecto de ambos aspectos, procede realizar las siguientes consideraciones:

- Su configuración como requisito de aptitud para contratar limita *de facto* la concurrencia por lo que, para no resultar discriminatoria y contraria a los principios que deben regir la Contratación Pública, ha de resultar exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato (251).

De acuerdo con ello, en lugar de realizar una interpretación estricta que considere inviable suplementar la falta de habilitación empresarial o profesional del artículo 65.2 de la LCSP (252), a juicio de los autores de esta obra, resulta más acertada la opción de apostar por una interpretación amplia en relación al objeto del contrato que insista en que, aunque es necesario que las personas jurídicas acrediten la adecuación de sus fines, objeto o ámbito de actividad al objeto del contrato a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, sin embargo, no será necesaria una «coincidencia literal de los términos en que estén

(250) Resolución del TACRC número 472/2021, de 30 de abril, en la que recordando que la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, consagra la libre prestación de servicios en todo el territorio nacional, el principio de no discriminación y eficacia de las actuaciones administrativas en todo el territorio nacional, y el reconocimiento mutuo de autorizaciones para el ejercicio de actuaciones económicas, apunta que la solución debería haber sido que se hubiera exigido al adjudicatario, que estuviera inscrito en el Registro de otra Comunidad Autónoma, acreditar haber solicitado la inscripción en el Registro de dicha Comunidad Autónoma antes de la formalización del contrato, pudiendo operar hasta que esta autorización sea concedida en base al reconocimiento temporal de efectos de la autorización concedida por esa otra Comunidad Autónoma.

(251) Resolución del TACRC número 606/2021, de 21 de mayo.

(252) Resolución del OARC número 99/2014.

- Sentado el reconocimiento de que la autorización exigida en los PCAPS pueda efectuarse por parte de un tercero con el que se subcontrataría esa prestación, es preciso señalar que corresponde al licitador probar que, a tenor del artículo 75 de la LCSP, «dispone efectivamente de esos medios», es decir, a él corresponde la carga de la prueba de dicha disponibilidad. Para ello no bastará solo con que el licitador exprese esa circunstancia en el Documento Europeo Único de Contratación (en lo sucesivo, DEUC) a través de la presentación de un documento separado respecto de la empresa subcontratista, o que presente un certificado acreditativo sin ningún otro documento que lo acompañe, sino que deberá demostrar que podrá poseer o utilizar tales medios ajenos mediante la aportación de los documentos acreditativos de los contratos, acuerdos, convenios o cualquier otra operación que permita la comprobación de que dispone de los medios de la otra empresa(258).

d) Forma jurídica del operador económico

La doctrina del TJUE (259) ha señalado que los artículos 19.1, párrafo primero (260), y 80.2.b)(261) de la Directiva 2014/24/UE, a la luz del Considerando 14, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que las entidades sin ánimo de lucro par-

puedan contar con vigilantes de seguridad, sin necesidad de estar inscritas y autorizadas para la actividad de vigilancia y protección de bienes, o bien subcontratar tal servicio con una empresa de esta especialidad.

(258) Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 29 de enero de 2014, e Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 29/2008, de 10 de diciembre.

(259) STJUE de 11 de junio de 2020, en la que resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre si resulta acorde con la Directiva 2014/24/UE (Considerando 14 y artículos 19.1, párrafo primero, y 80.2.b) una norma nacional que solamente permite la concurrencia a un procedimiento de contratación a los operadores económicos constituidos bajo determinadas formas jurídicas (denegación de la solicitud de inscripción en el registro nacional de sociedades de ingenieros y profesionales habilitados para prestar servicios de arquitectura y de ingeniería).

(260) El artículo 19.1 párrafo primero de la Directiva 2014/24/UE, titulado «Operadores económicos», dispone lo siguiente:

«No podrán rechazarse operadores económicos que, con arreglo a la legislación del Estado miembro de establecimiento, estén habilitados para prestar un determinado servicio, por el mero hecho de que, con arreglo a la legislación del Estado miembro donde se adjudica el contrato, deban ser personas físicas o personas jurídicas».

(261) En relación con el concurso de proyectos, el artículo 80.2.b) de la Directiva 2014/24/UE dispone que «El acceso a la participación en los concursos de proyectos no podrá limitarse:» ... «b) por el motivo de que los participantes, en virtud del Derecho del Estado miembro en el que se organice el concurso, tengan que ser, bien personas físicas, bien personas jurídicas».

estableció ningún trato diferenciado en función de la forma jurídica en la que esos candidatos y licitadores hayan decidido operar.

e) Caso del agente suscriptor de seguros

Se ha planteado si un licitador, que actúa como Agente Suscriptor de una compañía de seguros y cuenta con la autorización de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, posee, a tenor del artículo 65.2 de la LCSP, la habilitación técnica o profesional correspondiente para desarrollar el objeto del contrato.

En relación con dicho asunto, es preciso señalar que disponen de la habilitación necesaria para poder concurrir en idénticas condiciones que una entidad aseguradora propiamente dicha, y que, en consecuencia, no se trata de una acreditación de la solvencia por medios externos a tenor del artículo 75 de la LCSP (263). Dichas conclusiones se fundamentan en las siguientes consideraciones:

- La posibilidad o imposibilidad de participar en una licitación no viene determinada por una actuación de la Administración, sino que deriva de la configuración del objeto del contrato, que a su vez constituye una facultad discrecional de la Administración, la cual solo está sometida, de una parte a la justificación de la necesidad de la contratación conforme al artículo 28 de la LCSP, y, de otra, a las aptitudes y habilitaciones así como a las limitaciones establecidas, respectivamente, en los artículos 65 y 71 de la LCSP.
- De acuerdo con ello, en los contratos de seguro, regulados en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, se requiere que en el licitador concurre la habilitación necesaria para actuar como entidad aseguradora u otra que, conforme a la normativa aplicable, puede asumir tal condición.

A este respecto, la configuración de las agencias de suscripción se prevé en el artículo 60 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. En esencia, de dicha regulación resulta que las agencias de suscripción son sociedades mercantiles a las que las entidades aseguradoras pueden apoderar para la suscripción de riesgos en nombre y por cuenta de estas. Y que para que las agencias de suscripción puedan acceder a la actividad de aseguramiento en nombre y por cuenta de las entidades aseguradoras, han de ser previamente autorizadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Más concretamente, el régimen y procedimiento para la obtención y conservación de dicha autorización se contempla en el artículo 35 del Real Decreto 1060/2015,

(263) Resoluciones del TACRC números 460/2019, y 801/2020.

de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Pues bien, de la configuración normativa de este tipo de entidades puede concluirse que se trata de personas jurídicas, cuyo objeto social es el de suscribir riesgos por cuenta y en nombre de una o varias entidades aseguradoras, quienes le otorgan al efecto un contrato de apoderamiento. Como principales características pueden señalarse que no son mediadores de seguros, sino que son un instrumento de distribución directa de las aseguradoras para las que operan, y que no asumen directamente la cobertura de riesgos, sino que lo hacen siempre en nombre y por cuenta de las aseguradoras para las que opera.

De ello se concluye que disponen de la habilitación necesaria para poder concurrir en idénticas condiciones que una entidad aseguradora propiamente dicha.

Por otro lado, la figura del Agente Suscriptor no supone la acreditación de la solvencia por medios externos a tenor del artículo 75 de la LCSP ya que la solvencia económica que debe examinarse es la de la entidad aseguradora, pues es a esta entidad a la que posteriormente le corresponderá la gestión de la cobertura de los riesgos asegurados.

B. Acreditación del cumplimiento de los requisitos previos

a) Planteamiento general

Como cuestión previa, es preciso señalar que, conforme a los principios rectores de la Contratación Pública proclamados en el artículo 1 de la LCSP, ha de partirse del principio general de libre concurrencia que constituye una de las finalidades a salvaguardar (264), la licitación de los contratos, en principio, debe estar abierta a todas las empresas que, por razón de su actividad, puedan realizar la prestación que constituya el objeto del mismo. Sin embargo, como es lógico y por razones de eficacia, se exigen determinadas condiciones con la finalidad de garantizar que las empresas que concurren a una licitación reúnan los requisitos que les permitan ejecutar el contrato, lo que justifica la exigencia de cumplimiento de los requisitos jurídicos que afectan a la capacidad y aptitud para contratar (personalidad y capacidad de obrar, solvencia o, en su caso clasificación, y ausencia de prohibiciones para contratar) (265).

(264) STJUE de 3 de mayo de 1994.

(265) Resolución del TACRC número 493/2022, de 27 de abril.

La LCSP ha acogido en el artículo 140 la figura del DEUC (266) 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 habrán de estar inscritos en el correspondiente Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (en lo sucesivo, ROLECE) o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, o acreditar que han presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, han de presentar, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia, el modelo de dicha declaración responsable, 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 (267), salvo que pudieran concurrir alguna de las siguientes circunstancias previstas en los apartados 2 y 3 del mencionado artículo 140:

- Cuando, de conformidad con la LCSP, el PCAPS o el documento descriptivo exigiera la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del DEUC, en cuyo caso, se indicará la forma de su acreditación.
- Cuando el órgano o la mesa de contratación pidan a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos si entienden 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.

(266) El 18 de abril de 2016, entró en vigor el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DEUC). El DEUC fue conceptualizado en la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública, BOE número 85, de 8 de abril, como la declaración responsable exigida en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

(267) Respecto el procedimiento restringido y la posible contradicción entre las finalidades perseguidas por los artículos 140 y 162 de la LCSP, véase el Informe JCCPE número 1/2022. Se analiza en la Sexta Parte de esta obra, «6. Fase externa: Adjudicación de los contratos administrativos», «C. Procedimiento restringido».

los autores de esta obra, no será de recibo acordar la exclusión de un licitador, al que se le ha solicitado la subsanación del DEUC, pero por un motivo distinto que, aunque debería haber sido objeto de ella, sin embargo, no fue incluido en el correspondiente requerimiento (271).

Este criterio antiformalista y no restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones (272) ha llegado a aplicarse a supuestos en los que un licitador no presentó en el sobre/archivo electrónico, relativo a la documentación administrativa, las fichas técnicas de los equipos afectos a pesar de que en los PCAPS se establecía, expresamente, que «... la no inclusión de las fichas técnicas requeridas será motivo de exclusión». Se entiende, a pesar de ello, que se trata de un defecto subsanable y, en consecuencia, declara la anulabilidad del acuerdo de exclusión con retroacción de las actuaciones al momento previo a que este fuera dictado,

nida en los Informes 13/1992, de 7 de mayo, 1/1994, de 3 de febrero, 26/1997, de 14 de julio, y 30/2008, de 2 de diciembre.

(271) Resoluciones del TACRC números 986/2019, de 6 de septiembre, y 1720/2021, de 25 de noviembre.

(272) Resolución del TACRC número 726/2019, de 27 de junio, por la que, en relación con la exclusión de un licitador por no haber firmado su oferta económica, señala que se trata de un defecto formal subsanable (SSTS de 6 de julio y de 21 de septiembre de 2004; SAN de 9 de enero de 2009 citada en las Resoluciones del TACRC números 164/2011, 137/2012, 147/2012, 156/2012, 319/2014, y 463/2014.

Para ello, el artículo 81 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 se refiere en origen a la subsanación del sobre A relativo a la documentación administrativa previa, la jurisprudencia ha venido entendiendo que puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta, si bien, en esos casos no debe perderse de vista que se exige que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal y no material.

Al amparo de este principio antiformalista se han considerado subsanables, entre otros, los defectos los siguientes:

- La falta de acreditación de la suficiencia de los poderes de los representantes (SSTS de 22 de noviembre de 1973 y de 22 de noviembre de 1984, entre otras muchas, e Informe JCCPE número 27/2004, de 2 de junio).
- La inclusión del resguardo acreditativo de la constitución de la garantía provisional en un sobre distinto al exigido en los PCAPS (STS de 4 de octubre de 1994).
- La falta de acreditación del cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las obligaciones tributarias (STS de 28 de septiembre de 1995 y de 28 de mayo de 2002).
- La falta de firma de la proposición económica (SSTS de 6 de julio y 21 de septiembre de 2004).

Por tanto, la regla general es que la oferta se ajuste con precisión a lo previsto en el pliego, siendo insubsanables los defectos o errores que en ella se observen, siendo extraordinarias las excepciones.



en base a diversas consideraciones interpretativas del artículo 140 de la LCSP en relación con el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, RGTRLCAP), y del 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 (273).

En el mismo sentido, cabe indicar que la ausencia de firma o la caducidad de un certificado de firma electrónica deberán de ser tratados como defectos subsanables que basta con que se realicen en dicho trámite sin que sea preciso que

(273) Resolución del TACRC número 575/2021, de 14 de mayo, en la que se realizan las siguientes consideraciones interpretativas del artículo 140 de la LCSP, en relación con el artículo 81.2 del RGTRLCAP y 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:

- La reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales; esta interpretación, ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato y el principio de libre concurrencia.
- En ese sentido, la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación. Si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación, mediante los documentos a que se refiere el artículo 81.2 del RGTRLCAP, del requisito de que se trata, pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, solo el de su acreditación. En definitiva, se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable (Resoluciones del TACRC números 796/2014, 267/2014 y 976/2015).
- El TACRC ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible, tal y como se ha indicado anteriormente, que se fundamenta, en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs 110/1985, 17 4/1988, 17/1995 y 104/1997) a propósito de los requisitos procesales, de los que declara que carecen de sustantividad propia, constituyendo medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías no pueden convertirse en meros obstáculos impeditivos de tales fines, resultando obligada una interpretación presidida por el principio de proporcionalidad entre la finalidad y la entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que favorece la subsanación de defectos siempre que sea posible.



se acredite, por la propia naturaleza del defecto observado, con anterioridad a la fecha límite para la presentación de las proposiciones (274).

En relación con este tema y con la representación con la que actuaba una determinada empresa, pues se observaba que el DEUC iba firmado por una persona y, sin embargo, la documentación presentada iba firmada por otra, la mesa confirió trámite de subsanación para que pudiera presentar nuevamente la documentación firmada por el apoderado de la empresa que firmó el DUEC o bien acreditara el poder o autorización para firmar los documentos de licitación. Finalmente, aunque la mesa consideró que no quedaba acreditada la capacidad de representación, determinándose su correspondiente exclusión del procedimiento, sin embargo, el TACRC señaló que, a la vista de lo previsto en los PCAPS que, por cierto, reproducía el artículo 139.1 de la LCSP, indicó que era perfectamente posible para la mesa la consulta del ROLECE en el cual obra como representante la persona que firmó la documentación presentada (275).

Para finalizar, es preciso distinguir entre la subsanabilidad del DEUC (276) y la posible extensión del criterio antiformalista a los errores o defectos contenidos en la oferta o proposición presentada por los licitadores (277), por ejemplo, porque cuando se procede a la apertura de uno de los sobres en los que se contiene la documentación acreditativa de los criterios de adjudicación se observa que, aunque se cita en ella dichos extremos, no se ajusta al medio probatorio previsto a tal efecto en los PCAPS.

Respecto de este asunto, cabe señalar que, aunque se trata de un aspecto que estará siempre sometido a una gran casuística, sin embargo, con carácter general, cuando la posible subsanación afecte a las ofertas o proposiciones solamente se admitirá cuando se trate de errores puramente formales y de fácil remedio, como

(274) Resolución del TACRC número 819/2019, de 11 de julio, con cita de las resoluciones números 134/2011, de 29 de junio, 572/2017, de 23 de junio, 372/2018, de 13 de abril, y 168/2019, de 22 de febrero, en las que se señala que se trata de un defecto formal de la proposición económica, que el Tribunal Supremo ha considerado subsanable en las SSTs de 6 de julio y de 21 de septiembre de 2004, y sobre todo en la STS de 6 de julio de 2007 que, dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina, se pronunció sobre la subsanabilidad del defecto de firma en las ofertas económicas presentadas por los licitadores.

(275) Resolución del TACRC número 103/2019, de 8 de febrero.

(276) Resoluciones del TACRC números 401/2022, de 31 de marzo, y 169/2022, de 10 de febrero, en este último caso, por incorrecta actuación de la mesa de contratación en dicho trámite al ignorar la posibilidad de subsanación de la documentación presentada en lo que a los medios personales adscritos a la ejecución del contrato se refiere, que incluso permite la sustitución de las personas que no reúnen el perfil exigido en los pliegos por otras que sí lo reúnan.

(277) Resoluciones del TACRC números 639/2020, de 21 de mayo, y 1920/2021, de 22 de diciembre.

tas, para clasificarlas, y para proponer la adjudicación del contrato a la mejor oferta, razón por la cual el acto de admisión solo podría ser modificado con posterioridad mediante recurso administrativo, revisión de oficio o recurso contencioso-administrativo.

Dicho argumento debe ser rechazado por las siguientes consideraciones:

- Porque el acto de calificación de la documentación presentada de los licitadores en la fase de apreciación de los requisitos de aptitud y capacidad para contratar, cuando aquella se verifica mediante el DEUC, no determina un acto de admisión, sino la no exclusión de cada licitador, calificación documental que se limita a dicha declaración, pero que no es completa y definitiva, ya que queda condicionada al cumplimiento de la carga que pesa sobre el licitador propuesto adjudicatario de acreditar efectivamente, mediante la documentación específica pertinente, que cumple dichos requisitos, obligación que, de no cumplirse, impide la continuación de la participación del licitador interesado en el procedimiento a través de la determinación legal de considerar que ha retirado su oferta (artículo 150.2 de la LCSP).

De ello se deduce que no existe derivado del DEUC un trámite de admisión del licitador, sin perjuicio de que, si no cumple los requisitos exigidos, no pueda continuar en el procedimiento y sea excluido.

- Carece pues de sentido plantear un supuesto de revisión de oficio del acto de admisión del licitador pues, en puridad, no existe un acto de admisión, sino un acto negativo de no exclusión (285), que no impide que la exclusión se pueda producir posteriormente o, en su caso y momento, que se entienda que el licitador ha retirado su oferta si incumple la carga de acreditar la aptitud para contratar en el caso de ser propuesto como adjudicatario.

d) Subcontratación y Documento Europeo Único de Contratación

1. Posible exigencia

El artículo 215.2.a) de la LCSP señala que «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».

(285) Resolución del TACRC número 1053/2019, de 23 de septiembre.

el que se hagan constar los datos exigidos legalmente, sin que de la ley se pueda deducir que haya de constar en uno u otro documento determinado.

El artículo 140.2 LCSP señala que cuando el PCAPS exija la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del DEUC, el mismo deberán indicar la forma de su acreditación. Por tanto, debe concretar de qué modo ha de aportarse tal documentación y si es necesario hacerlo en un documento concreto.

Si no lo hiciera, el licitador cumplirá con realizarlo de forma que el órgano de contratación puede corroborar, antes de la adjudicación del contrato, el cumplimiento de este requisito.

3. Excepción

Se plantea la duda de si la LCSP exige que cada subcontratista presente su correspondiente DEUC. Para contestar a dicha cuestión, es preciso distinguir los siguientes supuestos:

- Sí será necesario cuando, a tenor del artículo 140.1. c) de la LCSP, el empresario recurra a la solvencia y los medios de otras empresas, supuestos que no son los mismos que los de los subcontratistas. De hecho, si atendemos al formulario de DEUC, en el caso de que el empresario recurra a la solvencia y los medios de otras empresas se exige que el licitador facilite un DEUC separado por cada una de las entidades consideradas, que recoja la información exigida en las Secciones A y B de esta parte (segunda) y en la Parte III, debidamente cumplimentado y firmado por dichas entidades.
- Del mismo modo, la letra d) del Anexo I del DEUC se refiere a la información relativa a los subcontratistas en cuya capacidad no se basa el operador económico. En este supuesto lo que viene a indicar es que, en el caso de que se exija esta información, se facilite la información requerida en las Secciones A y B de esta parte (segunda) y en la parte III.

C. Capacidad de obrar

a) *Planteamiento general*

El artículo 65.1, párrafo primero, de la LCSP dispone que «Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas».

comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales (289), le sea propio (290) permitiéndose, en caso contrario, la posibilidad de que pueda recurrirse a la subcontratación por venir así contemplado PCAPS o en la oferta presentada por los licitadores (291).

A los efectos señalados, no se exige que haya una coincidencia literal plena entre el objeto social de la persona jurídica y el objeto del contrato, entendiendo que la interpretación del artículo 66.1 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 (292).

nombre (artículo 1669 del Código Civil), 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, de 23 de julio, 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.

(289) Resolución del TACRC número 1776/2021, de 2 de diciembre. En el caso de una sociedad irregular, la Resolución del OARC número 131/2015 precisa que haya de aportar las escrituras y los estatutos como la propia inscripción con la finalidad de comprobar su constitución como persona jurídica.

(290) 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.

Véase, por ejemplo, la Resolución del TACRC número 312/2021, de 31 de marzo, en la que analiza, a la luz del artículo 66.1 de la LCSP, la falta de capacidad del adjudicatario por considerar que su objeto social (señalización) no recoge directa o indirectamente el objeto de la contratación (suministro tornillos y tirafondos para las vías férreas).

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

(292) Resoluciones del TACR números 148/2011, de 25 de mayo, 154/2013, de 18 de abril, 174/2013, de 18 de abril, 483/2013, de 30 de octubre, y 41/2019, de 24 de enero, con cita de los informes de la JCCA 4/1999, 20/2000 y 32/2003, e 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.



obrar mediante informe de la Oficina Económica y Comercial de España en el exterior(295) en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa. En dicho informe deberá justificarse que en dicho Estado se admite la participación de empresas españolas en la contratación, con la Administración y con los entes del Sector Público, en condiciones asimilables a las enumeradas en el artículo 3 de la LCSP y de forma sustancialmente análoga (principio de reciprocidad)(296).

Estados Unidos; y Países Bajos (con respecto a Aruba) o por un acuerdo bilateral. Si no lo está, no tiene acceso garantizado a la Contratación Pública en la UE.

2. Contratación Pública en el marco de acuerdos intergubernamentales:

- La Contratación Pública debe respetar los principios del Tratado de Transparencia, igualdad de trato y no discriminación.
- En el marco de tales acuerdos los contratos no pueden adjudicarse directamente.

3. Contratación Pública en el marco de la Directiva de servicios públicos:

- Los compradores públicos deben verificar si más del 50 por ciento de los productos ofertados en un contrato de suministro es originario de terceros países.
- Si los terceros países en cuestión no están cubiertos por el ACP o por un acuerdo bilateral, puede rechazarse la oferta.

4. Contratación Pública en materia de defensa y seguridad:

- La Contratación Pública en este ámbito no está incluida en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio ni en ningún acuerdo bilateral vigente.

– Los compradores públicos no tienen que permitir el acceso a los operadores de terceros países. (295) Resulta curioso que el artículo 84.3 mantenga la denominación de «Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente», cuando el artículo 68.1 ha sido modificado y ha introducido la de «Oficina Económica y Comercial de España en el exterior».

(296) En relación con este principio, el Consejo Europeo ha adoptado con fecha 17 de junio de 2022 un Reglamento destinado a promover la reciprocidad en el acceso a los mercados internacionales de contratación pública, ya que menos de la mitad están abiertos a las empresas europeas. A tal efecto se prevé que la Comisión Europea, fuera de los compromisos existentes de la UE en el marco del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y de los acuerdos comerciales bilaterales, pueda adoptar alguna «medida ICI» para limitar el acceso de operadores económicos, bienes o servicios originarios de terceros países a los mercados de contratos públicos o de concesiones de la UE en el ámbito de las contrataciones no cubiertas. El artículo 8 dispone que, en los procedimientos de contratación pública sujetos a dicha medida, los poderes y las entidades adjudicadores incluirán en los PCAPS la obligación del adjudicatario en orden a no subcontratar más del 50 por ciento del valor total del contrato con operadores económicos originarios del tercer país, indicando que, en caso de incumplimiento, el adjudicatario deberá pagar un cargo de entre el 10 y el 30 por ciento del valor total del contrato. El artículo 9 establece que los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras podrán decidir, con carácter excepcional, no aplicar una «medida ICI» con respecto a un procedimiento de contratación pública cuando los requisitos de la oferta solo se cumplan por parte de operadores económicos originarios de ese tercer país, o cuando se justifi-



En los contratos SARA, se prescindirá del citado informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio (297).

Adicionalmente, a tenor del artículo 68.2 de la LCSP, el PCAPS 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.

3. Sucesión del licitador

La LCSP se ocupa en el artículo 98 de los supuestos de sucesión del contratista (298) cuando se encuentra en plena ejecución del contrato (299). En esta situación distingue lo siguiente:

- En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de

que por razones imperiosas de interés general, como la salud pública o la protección del medio ambiente, facilitando información a la Comisión Europea, en la forma que decida el Estado miembro respectivo, en el plazo máximo de 30 días a contar desde la adjudicación del contrato. (297) 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 este último relativo al Acuerdo sobre Contratación Pública.

(298) Informe JCCPE número 24/2016, en el que recuerda que la baja en el IAE es solamente un requisito tributario, que no supone la extinción de la sociedad mercantil y que, por tanto, no permite aplicar el procedimiento previsto en la LCSP para la sucesión del contratista.

(299) Resolución del TACRC número 46/2019, de 24 de enero, en la que señala que la sucesión empresarial no comporta la existencia de un nuevo empresario licitador sino que resulta suficiente la subrogación, aunque lo sea a título de empresario individual.

la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo.

- Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato.

Si no pudiese producirse la subrogación, por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias, se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del contratista.

Cuando como consecuencia de las operaciones mercantiles se le atribuyera el contrato a una entidad distinta, la garantía definitiva podrá ser renovada o reemplazada por una nueva garantía que se suscriba por la nueva entidad, teniéndose en cuenta las especiales características del riesgo que constituya esta última entidad. En este caso, la antigua garantía definitiva conservará su vigencia hasta que esté constituida la nueva garantía.

A los efectos anteriores la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.

Respecto a la sucesión del contratista, conviene tener presente estas cuestiones que han sido analizadas por el TJUE:

- Se plantea la interpretación del artículo 28.2 de la Directiva 2014/24/UE en relación con un supuesto en el que, en un procedimiento restringido entre la presentación de solicitudes de participación y la presentación de ofertas, dos de los licitadores habían celebrado un acuerdo marco vinculante que establecía que una de ellas adquiriría todas las acciones de la otra, por lo que esta adquisición suponía la fusión por absorción de ambas empresas, formalizándose dicho acuerdo después del plazo de presentación de ofertas (300).

Nada se dice expresamente respecto de la situación en la que un determinado licitador, persona jurídica, pueda ver alterada su configuración societaria antes del momento de la perfección del contrato.

A la vista de este supuesto, en el que ya no había identidad jurídica o material entre el operador económico que se presentó a la fase de preselección y el

(300) STJUE de 11 de julio de 2019.

nuevo operador en la fecha límite de presentación de ofertas, antes de adoptar una medida de exclusión del licitador, resultará obligada la realización de un análisis caso a caso de la situación generada con la finalidad de salvaguardar los principios rectores de la Contratación Pública recogidos en el artículo 1 de la LCSP. En este sentido, deberán analizarse los siguientes extremos:

- Que no implique un deterioro de la situación competitiva de los demás licitadores, pues las disposiciones del Derecho de la UE pretenden garantizar, en particular, que la competencia libre y no falseada en el seno del mercado interior no se vea amenazada por operaciones de fusión.

De este modo, siempre que el comportamiento de un actor económico cumpla estas normas específicas, no puede considerarse que su participación en este tipo de operación implique, *per se*, un deterioro de la situación competitiva de los demás licitadores por el simple hecho de que la entidad fusionada vaya a contar con una mayor capacidad económica y técnica.

- Que se sigue satisfaciendo los requisitos establecidos inicialmente por la entidad adjudicadora, en una situación en la que su capacidad material solo ha aumentado.
 - Que no conste acreditado que el principio de igualdad se haya visto violado por la fusión por un intercambio de información sensible relativa al procedimiento de adjudicación del contrato público, pues ello podría otorgar al licitador absorbente ventajas injustificadas con respecto a los otros licitadores, lo que implicaría necesariamente un deterioro de la situación competitiva de estos últimos(301).
- Se admite, como se tendrá oportunidad de comentar en esta obra al tratar de las genéricas de resolución contractual del artículo 211.1 b) de la LCSP, que se esté ante un supuesto de sucesión del contratista cuando en un contrato continua su ejecución por otro operador económico distinto del contratista que adquiere parte de su patrimonio, concretamente un determinado contrato, por adjudicación en la fase de liquidación de un procedimiento concursal. Se trata de la interpretación del alcance del artículo 72, apartado 1, d), inciso ii), de la Directiva 2014/24/UE, que supone una excepción al principio general de impulsar una que una nueva licitación cuando se produce un cambio en el contratista inicial porque constituye una modificación sustancial del contrato, de conformidad con los principios de transparencia y de igualdad de trato que subyacen a la obligación de competencia entre los candidatos potencialmen-

(301) Véase, por analogía, la STJUE de 17 de mayo de 2018, *Specializuotas Transportas*, C 531/16.

te interesados (302). Solamente matiza que, para que pueda mantenerse esa sucesión del contratista, es preciso que el nuevo operador cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente y que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la Directiva 2014/24/UE (303).

d) *Unión Temporal de Empresarios*

1. Concepto

Extraordinariamente la figura del contratista pudiera estar constituida por más de una persona jurídica, en cuyo caso deben constituirse en una Unión Temporal de Empresarios (en lo sucesivo, UTE) (304) que, aunque carece de personalidad jurídica (305), sin embargo, la LCSP le reconoce capacidad para contratar porque se trata de una comunidad de interesados, de carácter circunstancial, que se sustenta sobre la personalidad jurídica de los partícipes vinculados por la res-

(302) STJUE de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, principio fue codificado en el artículo 72, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE. Según la jurisprudencia del TJUE, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial (véase, en este sentido, STJUE de 7 de septiembre de 2016, *Finn Frogne*).

(303) STJUE de 3 de febrero de 2022.

(304) 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 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. Véase MARTÍN REYES, M. A., «Las Agrupaciones de Interés Económico», Cuadernos número 25, Universidad de Málaga, 1993, pp. 11-36.

(305) 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.

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*».

UTE (310), y que sus poderes lleguen a cubrir el valor estimado del contrato al que licitan (311).

2. Capacidad de obrar de cada empresa

En el caso de que el contratista fuera una UTE, cada empresa deberá de acreditar su capacidad de obrar (312) (adecuación a los fines, objeto y ámbito de actividad y prestaciones objeto del contrato), es decir, la acumulación de características de cada miembro solo procederá, en su caso y como se tendrá oportunidad de analizar más adelante en esta obra, para la acreditación de la solvencia (313).

(310) 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 UTE. Además, es interesante examinar la Resolución del TACRC número 135/2012, de 20 de junio, en la que 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 UTE con la sola firma de uno de los dos apoderados.

(311) 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 con 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 UTE, 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.

(312) 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».

(313) STS de 21 de junio de 2021 resuelve el siguiente interés casacional «Si en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una Unión Tem-

El artículo 7.1 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional, vigente a estos efectos, señala que «Tendrán la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro». En definitiva, la UTE es un sistema que pretende facilitar la competencia, permitiendo que empresas de distinta naturaleza aúnen esfuerzos para la realización de un determinado proyecto.

En el ámbito de la Contratación Pública la formación de UTE tiene una especial relevancia, precisamente porque constituyen un medio idóneo de alcanzar unos requisitos de capacidad y solvencia exigidos en los PCAPS que por separado cada uno de ellos no alcanzarían, y ello sin perjuicio de que cada empresario, individualmente considerado, debe estar legalmente capacitado para realizar las prestaciones del contrato.

Pero no se trata solo de acreditar esa capacidad, sino también de aprovechar las sinergias que cada empresario puede aportar con objeto de poder realizar

poral de Empresas, basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si, la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la Unión Temporal de Empresas», en el sentido siguiente:

El artículo 24.1 del RGTRLCAP dispone que «En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento».

Es decir, establece, por un lado, que en la UTE «cada uno» de los que la componen deberá acreditar su capacidad de obrar, pero, por otro y al mismo tiempo, se refiere a la posibilidad de «acumulación» de la solvencia de las empresas que concurren unidas, en consonancia con el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE y los artículos 69 y 74 de la LCSP.

Ahora bien, aunque el TJUE ha admitido, en general y en consonancia con lo previsto en la mencionada Directiva, dicha acumulación, sin embargo, en determinados casos el propio objeto del contrato o sus especificidades hagan necesario que la convocatoria incluya los requerimientos de titulación, de experiencia o de capacidad técnica que en cada caso se consideren necesarios y respecto de los cuales no caben aquellas formas de acumulación, sobre todo cuando se establecen no ya como aspectos o elementos susceptibles de valoración sino como verdaderos requisitos para la admisibilidad de la solicitud (STJUE de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*). Ahora bien, la admisibilidad de esta clase de requerimientos que no pueden ser cumplidos por vía de acumulación debe ser aceptada de forma restrictiva y ha de ser examinada y valorada a la luz del principio de proporcionalidad.



ofertas más competitivas de las que, sin duda, cada uno de ellos podría hacer por separado, lo que resulta fundamental para el cumplimiento de los principios generales de la contratación.

La UTE constituye un medio idóneo para poder licitar contratos con prestaciones complejas, sin que resulte excesivamente restrictivo de la competencia, precisamente por la posibilidad de que empresarios de distintos sectores de actividad, todos ellos relacionados por supuesto con lo que sea objeto del contrato, aúnan sus esfuerzos para poder presentar ofertas que, de otro modo, no habrían resultado admisibles o viables.

Con carácter general, para la aplicación del citado artículo 66.1 a la UTE, el artículo 24 del RGTRLCAP, determina que «En las uniones temporales de empresarios, cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento».

Por lo tanto, resulta necesario analizar el objeto social de cada uno de los miembros de la UTE, poniéndolos en conexión con las distintas prestaciones del contrato, para determinar si, efectivamente, se da o no esa relación. Ahora bien, para determinar si esa relación se da, debe partirse también de la constante doctrina emanada de los Tribunales competentes en materia de Contratación Pública, en el sentido de que el objeto social de las empresas han de ser interpretados de forma amplia, bastando con que exista una relación directa o indirecta e incluso parcial, con las prestaciones que son objeto del mismo (314).

3. Alteración en su composición

La LCSP aclara la situación de la UTE que se ha presentado al procedimiento de contratación con una determinada composición empresarial y que posteriormente se ve alterada, bien antes de la formalización bien con posterioridad a esta.

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

(314) Resolución del TACRC número 24/2021, de 8 de enero, que cita los Informes 8/2005, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, y 11/2008, de 30 de abril de 2009 de la Junta Consultiva de Baleares, y, entre otras, la Resolución del TACRC número 148/2011.

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:

– 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.

– Si se produjo la modificación, una vez formalizado el contrato, se observarán las siguientes reglas:

- 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 contra, debiendo haberse ejecutado el contrato al menos en un 20 por ciento 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 estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos.

4. Legitimación procesal de cada miembro

Respecto de este asunto, se ha planteado si cada uno de los integrantes de una UTE estaría legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato administrativo.

Se trata de una cuestión que fue analizada en «interés casacional» por el Tribunal Supremo (en adelante, TS) sobre «si cada uno de los integrantes de una unión temporal de empresas (UTE) está legitimado para actuar individualmente en defensa de sus derechos para impugnar actuaciones administrativas adoptadas en la fase de adjudicación de un contrato administrativo» (315). El Alto Tribunal, superando la postura inicial (316), declaró que sí existía legitimación, aplicando el criterio más favorable al acceso al proceso como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial (317), basándolo en las siguientes consideraciones:

- El Derecho de la UE se opone a una normativa nacional que se interpreta en el sentido de que los miembros de una UTE, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, se vean privados de la posibilidad de solicitar a título individual la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual (318) a raíz de una resolución administrativa (319).

(315) STS de 17 de febrero de 2020.

(316) SSTS de 27 de septiembre de 2006, de 26 de junio de 2014 y de 18 de febrero de 2015 negaron la legitimación a los integrantes de una UTE para recurrir individualmente la adjudicación. Para ello, acuden a una construcción formal que lleva a negar el interés individual y admitir solo el colectivo en virtud de la oferta común o, pese a aceptar que ese interés individual existe, lo consideran insuficiente porque atribuyen a la previa actuación conjunta de la UTE.

(317) SSTS de 28 de febrero de 2005, de 11 de julio de 2006, de 13 de mayo y de 23 de julio de 2008, y de 23 de enero de 2012.

(318) Voto particular de la STS de 18 de febrero de 2015, que hace referencia a otras SSTS (de 28 de febrero de 2005, de 11 de julio de 2006, de 13 de marzo de 2007, de 13 de mayo y de 23 de julio de 2008, y de 23 de enero de 2012) y a la STJUE de 6 de mayo de 2010.

(319) STJUE, de 9 de junio de 2011, admite la legitimación del recurrente que formaba parte de un consorcio sin contar con el poder del otro integrante.

critérios de adjudicación (322), o como condiciones especiales de ejecución contractual (323).

Respecto a la diferencia entre la exigencia de determinados requisitos de solvencia y de condiciones especiales de ejecución del contrato, existen dos aspectos a considerar (324):

- Las primeras, si no se reúnen, no tiene sentido concurrir al procedimiento, pues nunca el licitador podrá convertirse en adjudicatario, al no reunir la empresa unas cualidades concretas, mientras que las condiciones especiales de ejecución del contrato deben cumplirse por el contratista en el momento de realización del objeto del contrato.
- Las condiciones especiales de ejecución del contrato facilitan la concurrencia, pues no se exige a todos los licitadores sino únicamente a quien haya de ejecutar el contrato, de tal suerte que se libera a los demás licitadores de un coste que no deberán asumir salvo que se convirtieran en contratistas como, por ejemplo, la suscripción de un determinado contrato de responsabilidad civil.

(322) Resolución del TACRC número 976/2020, de 11 de septiembre, en la que analiza la procedencia de incluir como criterio de adjudicación valorable de forma automática, la exigencia de un Certificado de Gestión Energética y de un Certificado de Seguridad de la Información por resultar acorde con los artículos 1.3, y 145.2 y 6 de la LCSP (Resoluciones del TACRC números 786/2019, de 11 de julio, y 456/2019, de 30 de abril), pero solamente si se respeta el principio de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española, y se impone al órgano de contratación la obligación de introducir aquellas medidas sociales o medioambientales, si bien con libertad para decidir si las incorpora como criterio de solvencia, de adjudicación, o como condición especial de ejecución, siempre que se relacionen con el objeto del contrato, es decir, siempre que se refiera o integre en la prestación contratada en sí misma, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, y ello porque, de otro modo, se estaría lesionando el principio de igualdad de trato dando lugar a una discriminación entre las ofertas (Resolución del TACRC 526/2018, de 1 de junio, con cita de las Resoluciones números 150/2013, 626/2015 y 207/2018).

(323) Véase, por ejemplo, el caso del Instituto Cervantes, que exigía indebidamente 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, como así lo declaró la Resolución del TACRC número 130/2011, de 27 de abril, 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, Resolución del TACRC número 16/2012, de 13 de enero.

(324) Resolución del TACRC número 905/2019, de 1 de agosto.



b) Características

La concreción de los medios de solvencia ha de realizarse por la entidad del Sector Público, siempre, en función del objeto del contrato (325), teniendo en cuenta que, cuando se aplique la regla general de que existen tantos contratos como lotes, las condiciones de solvencia deberán ir referidas al valor estimado de cada lote (326), y con sujeción a las siguientes características:

- Han de ser determinados (327):

En relación con esta condición, en el primer párrafo del artículo 92 de la LCSP se establece una regla de supletoriedad en cuanto que dispone que, si no se hubieran detallado en los PCAPS 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.

- Han de estar vinculados, a tenor del artículo 74.2 de la LCSP, con el objeto y el importe del contrato (328):

(325) Resoluciones del TACRC números 60/2011, de 9 de marzo, y 172/2011, de 29 de junio.

(326) Recomendación JCCPE número 12/2020, de 18 de septiembre, en la que señala que la LCSP contempla que la determinación del procedimiento aplicable a la selección del contratista y los umbrales aplicables deben responder al valor acumulado del conjunto de las prestaciones o lotes en que se divide el contrato. Esta norma guarda una perfecta congruencia con la prevista en el artículo 101.12 de la LCSP a los efectos del cálculo del valor estimado en los contratos adjudicados simultáneamente por lotes. No dice lo mismo la norma respecto de otros aspectos concretos como puedan ser la solvencia y las garantías y, sin embargo, podemos encontrar en la LCSP otras normas que sí tratan la cuestión. La primera de ellas es el artículo 74.2 donde se indica que los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos deben «estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo». Esa necesaria proporcionalidad determinaría que, si estamos en presencia de diferentes contratos para cada lote adjudicado como resulta ser la regla general, cada uno de ellos exija unas condiciones de solvencia vinculadas a la concreta prestación que constituye su objeto. Por el contrario, si estamos en presencia de un solo contrato, bien por exigirlo los pliegos o bien por razón de la existencia de ofertas integradoras, la proporción adecuada de las condiciones de solvencia se alcanzará con el conjunto de las prestaciones a que se refiere el único contrato existente y las ofertas integradoras presentadas en su seno.

(327) Resolución del TACRC número 193/2012, de 12 de septiembre. Resolución del TACRC número 461/2022, de 21 de abril, en la que, en un contrato de defensa jurídica, «considera que no se ajusta a Derecho lo dispuesto en el apartado v) de la “Experiencia por el contenido o especialización de las prestaciones”, por estimar desproporcionado exigir acreditar haber participado en 10 procedimientos judiciales de carácter penal, en defensa de miembros de una corporación o empleados públicos. Esta exigencia del pliego se considera que atenta contra el artículo 74.2 de la LCSP, por lo que se estima el recurso en cuanto a este motivo, se anula esta mención del pliego, y se retrotrae el procedimiento al momento anterior a su aprobación».

(328) Resoluciones del TACRC números 223/2012, de 11 de octubre, y 39/2013, de 23 de enero.

Ello 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 (329). En este sentido, el artículo 87.4 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 PYMES.

- Como consecuencia lógica de los principios de igualdad y no discriminación que rigen la Contratación Pública, en ningún caso dichos requisitos de solvencia podrán producir efectos discriminatorios (330).

En relación con los criterios de solvencia, se ha planteado si resultaría acorde con el principio de competencia que una entidad contratante pudiera exigir unos estándares superiores a los requisitos mínimos que se contemplaran en una ley nacional. En definitiva, la cuestión a dilucidar es si dicho comportamiento se opone o no a lo previsto en el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE. En relación con esta cuestión, cabe señalar que, aunque el poder adjudicador solo puede imponer como requisitos de participación a los operadores económicos

(329) Resolución del TACRC número 1695/2021, de 25 de noviembre. Resolución del TACRC número 558/2019, 23 de mayo, en la que considera excesiva la solvencia técnica y profesional plasmada en la siguiente cláusula:

«2. La solvencia técnica y profesional.

Para ser admitidos a este procedimiento de contratación los licitadores interesados, además de presentar la relación de servicios prestados y clientes de los últimos tres años, deberá cumplir los requisitos siguientes:

1. Que la empresa preste servicios similares al objeto que aquí se licita, en al menos:
 - Cinco contratos adjudicados por Ayuntamientos de más de 15.000 habitantes.
 - O bien, diez contratos adjudicados por Ayuntamientos de 2.000 a 15.000 habitantes».

La cláusula se considera desproporcionada, en base a la doctrina expresada en la Resolución del TACRC número 207/2014, que entiende, fundamentalmente, que debe darse la posibilidad de exigir, además de un cierto número de contratos con ayuntamientos de una determinada población, la alternativa de presentar un mayor número de contratos con municipios de población inferior, y que debe admitirse otras fórmulas de acreditación de la solvencia técnica, que no se refieran solo al licitador mismo, sino a los «profesionales del licitador que acrediten haber trabajado en empresas que hubieran sido adjudicatarias de tales contratos».

(330) STSJ de Cataluña de 17 septiembre de 2012. Resolución del TACRC número 4/2022, de 14 de enero, en la que fija que los requisitos de solvencia técnica de los vehículos, exigiendo contar ya con los mismos y a nombre del licitador para realizar la oferta, infringe el principio de proporcionalidad que exige el artículo 74 de la LCSP, además de los de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación e igualdad de trato, y salvaguarda de la libre competencia, que proclama el artículo 1 de la LCSP.



los criterios contemplados en el artículo 58. 2, 3 y 4, de dicha Directiva, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y sean proporcionados a este, con la finalidad de garantizar que un candidato o un licitador tiene la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar, respetando los principios fundamentales de la Contratación Pública establecidos en el artículo 18.1, de la Directiva 2014/24/UE, sin embargo, como es quien mejor puede evaluar sus propias necesidades, la citada Directiva le ha reconocido una amplia facultad de apreciación a la hora de determinar los criterios de selección, lo que se refleja, concretamente, en la constante utilización del verbo «poder» en el artículo 58. Así, en función del apartado 4, el poder adjudicador es libre de imponer los requisitos de participación que estime apropiados, desde su punto de vista, para asegurar, principalmente, que el contrato se va a ejecutar con un nivel adecuado de calidad.

Por lo tanto, el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE no puede impedir que un poder adjudicador imponga este requisito en el anuncio de licitación solo porque exceda del nivel de exigencia mínimo impuesto por una normativa nacional, siempre que tales requisitos sean adecuados para garantizar que un candidato o un licitador posee las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato que se va a adjudicar, que estén vinculados al objeto del contrato y que sean proporcionados a este (331).

c) Medida adicional de solvencia

El artículo 76.2 y 3 de la LCSP dispone que los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los PCAPS, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello (332).

En relación con dicha posibilidad de adscripción de medios vinculada a la solvencia exigida como medida adicional de solvencia, a juicio de los autores de esta obra, resulta obligada la observancia de los siguientes aspectos:

- Como premisa de cumplimiento obligado, el órgano de contratación es libre para determinar los medios personales o materiales a adscribir al contrato exigi-

(331) STJUE de 31 de marzo de 2022, *LB contra Smetna palata na Republika Bulgaria*.

(332) Se trataría, por ejemplo, de alguna cláusula del tipo siguiente:

«... deberán aportar una declaración en la que conste que disponen de Acuerdo con el fabricante de xxxxxx de modo que están protegidos por derechos de propiedad intelectual e industrial, que permita al oferente la realización de las prestaciones objeto del contrato, conforme a lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas».

dos como requisito de solvencia para los eventuales licitadores en orden a satisfacer sus necesidades, que deben estar presididas por el interés público, siempre que no introduzcan criterios discriminatorios, no vinculados al objeto del contrato o desproporcionados (artículos 1 y 76.2, así como 74.2 de la LCSP)(333).

- Los compromisos de adscripción de medios personales o materiales a la ejecución del contrato no operan como criterio de exclusión a diferencia de la solvencia, sino como un factor determinante de la no adjudicación (334).

Lo señalado surge de la interpretación del artículo 76.2 en relación con el artículo 150.2 de la LCSP. El primero, permite adscribir a la ejecución del contrato medios materiales o personales suficientes para ello, pero, sin embargo, no es un requisito de solvencia, de admisión al procedimiento contractual, es decir, de entre aquellos que sirvieron para declarar al empresario apto para contratar con la Administración, de carácter eliminatorio y no valorativo, sino que en ese momento se substancia con un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato cuya materialización solo debe exigirse al empresario que resulte primer clasificado en la licitación del contrato. Por el contrario, el artículo 150.2 de la LCSP obliga al licitador que ha realizado la mejor oferta, justo en el momento previo al acto de adjudicación, a que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir.

Por ello, no puede imponerse que se acredite disponer de tales medios durante el proceso de licitación del contrato previo al requerimiento del artículo 150.2 LCSP, ni sancionarlo en otro caso con la exclusión de la licitación.

- De acuerdo con lo señalado, en virtud de lo cual es en el momento previo a la adjudicación cuando ha de probarse la disponibilidad de los medios requeridos, no bastará con manifestaciones que no justifican tal cumplimiento, pues corresponde al órgano de contratación comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y que esa disponibilidad no se presume. Por tanto, no resultará adecuado, a estos efectos, que se aporte una documentación en la que se condicione dicha acreditación a la eventualidad de la adjudicación del contrato (335).
- El incumplimiento del compromiso de adscripción de medios exigida como medida adicional de solvencia (artículo 76.2 de la LCSP), cuya acreditación es exigible a quien resulte adjudicatario en los términos del artículo 150.2 de

(333) Resoluciones del TACRC números 1019/2020, 398/2021, 1464/2021, y 493/2022.

(334) Resoluciones del TACRC números 287/2015, de 30 de marzo, y 949/2019, de 14 de agosto.

(335) En la Resolución del TACRC número 589/2018, de 21 de junio, se estudiaba un compromiso futuro del licitador que indicaba lo siguiente:

«En tal sentido, y para el caso de que xxxxxxxxxx resulte adjudicataria y nos lo solicite, yyyyyyyyyy les presentará la correspondiente oferta económica de los equipos y componentes que ustedes precisen».

autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado».

Con anterioridad, regía el principio general e imperativo de que la entidad contratante debía concretar en los PCAPS los medios que acreditaran la solvencia exigible, de entre los expresamente recogidos en la Ley para cada tipo de contrato, anunciándolo, además, en el correspondiente anuncio de licitación.

Ahora, aunque el mencionado artículo 86.1 mantiene en el primer párrafo dicho principio (337), sin embargo, lo matiza del siguiente modo:

- Para todo contrato y solamente para la acreditación de la solvencia económica y financiera, se 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 sean SARA, 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.

La razón de esta flexibilización hay que buscarla en que, respecto de los contratos de obras, suministros y servicios que no sean SARA 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), se trata de contratos 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 (338).

(337) En la Resolución del TACRC número 1153/2018, de 17 de diciembre, se recuerda que, a efectos de acreditar la solvencia técnica, ha de respetarse alguno de los medios establecidos en el artículo 90 de la LCSP para el contrato de servicios, con cita de la Resolución del TACRC número 627/2018.

(338) Recomendación 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.

cho(341). Respecto a este asunto, es preciso significar que realmente se ha de tratar de un tercero respecto al operador económico. En este sentido, no lo será en el caso de que una empresa haya presentado dos DEUC (342) uno por parte de la empresa filial participada al 100 por ciento por la matriz y otro por parte de esta con la intención de demostrar que utilizaría los medios de aquella para la correcta ejecución del contrato. En este sentido, debe considerarse que los medios de la filial, participada al 100 por ciento por la matriz, no son verdaderamente externos respecto de la entidad matriz que se presentó a la licitación sino propios de la misma. Desde esta perspectiva, no habría error en la presentación de los DEUC, dando lugar a lo sumo a que, si se observase algún error por parte de la mesa, se diera trámite de subsanación en el proceso recogido en el artículo 150.2 de la LCSP (343).

Por tanto, se permite que la solvencia, del tipo que sea, económica y financiera(344) o técnica o profesional, pueda ser acreditada por cualquier medio, pudien-

(341) Resoluciones del TACRC números 525/2016, de 1 de julio, 1090/2017, de 17 de noviembre, 515/2018, de 1 de junio, y 668/2018, de 12 de julio, basadas en las SSTJUE de 14 de abril de 1994, de 18 de diciembre de 1997 (Asuntos C-389/92 y C-5/97, *Ballast Nedam Groep NV*).

(342) Sobre el tema de la presentación en el sobre 1 de dos DEUC con la finalidad de acreditar la disponibilidad de los medios de solvencia de un tercero, véase la Resolución del TACRC número 409/2019, de 17 de abril. En relación con dicho asunto, se observa que no se trataba de integrar un requisito que no existía en el momento de presentar la documentación administrativa (artículos 81.2 RGTRLCAP, y 27.1 del RD 817/2009, de Desarrollo Parcial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, o la Recomendación de la JCCA de 26 de noviembre de 2013), sino de un error en los documentos acreditativos de la solvencia de modo que la empresa creyó que presentado el DEUC de la segunda empresa del mismo grupo empresarial acreditaba con ello la disponibilidad efectiva de los medios. Ante la presentación de dos DEUC, lo procedente era permitir y solicitar aclaraciones por el órgano de contratación en orden a conocer de la licitadora si su intención era la integración de la solvencia con medios del mismo grupo empresarial (de acuerdo con varias resoluciones de este Tribunal como las 439/2018, 582/2018 o 747/2018). En realidad, se trata de aplicar la regla general a la presentación de la documentación administrativa o general, relacionada en el artículo 140 del LCSP, en virtud de la cual los defectos formales son subsanables, y por ello, debe concederse al licitador el trámite de subsanación.

(343) Resolución del TACRC número 167/2019, de 22 de febrero.

(344) Resolución del TACRC número 209/2019, de 8 de marzo, en la que señala que es perfectamente posible que las empresas que acudan a firmar una licitación formando UTE puedan acreditar, a tenor del artículo 75 de la LCSP, la solvencia exigida con la de otras empresas que no formarán parte de la referida unión siempre, claro está, que acrediten que dispondrán de la misma durante la ejecución del contrato («... decidió sumar los volúmenes de negocios de tres empresas que apoyan su solvencia: Empresa Casas, La Vallesana y Marfina Bus, aportando también en ese momento, y por primera vez, un compromiso de puesta a disposición de sus solvencias a favor de Marfina, S. L., cuya fecha era anterior a la de finalización de la presen-

do a estos efectos utilizar la otorgada por otras entidades, con independencia del vínculo que se tenga, siempre y cuando se acredite la disposición efectiva de tales medios, aunque, en ciertos casos, y a efectos de la correcta ejecución del contrato de que se trate, indicar expresamente, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, reglas precisas que permitan a un operador económico basarse en las capacidades de otras entidades, aunque en estos casos le corresponderá garantizar que las reglas que fije estén relacionadas con el objeto y la finalidad del citado contrato y sean proporcionadas a éstos (345).

Respecto al carácter absolutamente abierto del vínculo o relación que mantengan el licitador y la entidad tercera que acredita la necesaria solvencia, es necesario realizar las siguientes puntualizaciones:

- No es adecuado que los PCAPS exijan que dichas entidades tuvieran que concurrir formando UTE o que la tercera entidad tuviera que ser imperativamente subcontratada por la primera, pues ello se opone a lo previsto en el artículo 75 de la LCSP que permite cualquier tipo de relación jurídica entre una y otra empresa con tal que se justifique la efectiva disponibilidad de medios por parte del licitador (346).

tación de ofertas»). Concluye que, de lo contrario, se infringiría directamente el artículo 69 de la LCSP, el artículo 24 del RGTRLCAP y el artículo 19 en relación con el 58, ambos de la Directiva 2014/24/UE. El Tribunal, separándose de su tradicional proceder y para hacer más gráfico su argumento, llega a afirmar lo siguiente: «Es aquí donde este Tribunal considera que el pliego debe ser interpretado en los términos expuestos, pues sino de lo contrario se llega a una solución que se considera, a nuestro juicio, como no ajustada a derecho y que permitiría entonces que tengan lugar soluciones tan extrañas y paradójicas como las siguientes: “Una empresa licitadora que concorra al Lote 1 con un volumen de facturación de 7.997.728,00 euros (importe requerido por el Pliego) cumple con la exigencia de solvencia económica y financiera (y es, por consiguiente, admitida a la licitación), y no así otra licitadora que concurre al mismo Lote 1 pero agrupada en forma de UTE, aportando un volumen de facturación justificado de 37.996.152,01 euros, que representa una proporción de 4,87 veces más de facturación que el importe requerido (y que, sin embargo, resulta excluida de la licitación)”».

(345) SSTJUE de 10 de octubre de 2013 y de 7 de abril de 2016, SAN 4164/2012, de 10 de octubre, y Resolución del TACRC número 1157/2015, de 18 de diciembre.

(346) Resolución del TACRC número 827/2019, que en relación con el artículo 75 de la LCSP, razona que «el hecho de que se exija que los medios sean “propios” no significa que tengan que ser propiedad dominical del adjudicatario sino que basta con este tenga su “titularidad” en cualquier forma y que disponga efectivamente de los mismos acreditando, en el caso de tratarse de medios externos, que va a poder disponer de los mismos durante todo el periodo de ejecución del contrato...». «En cambio, el exigir que los medios materiales sean propiedad dominical del adjudicatario impediría de hecho la acreditación de la solvencia por medios externos que está expresamente reconocida por la LCSP y por los propios Pliegos del contrato».



- No resulta adecuado que, de modo restrictivo, dicho extremo se justifique por la vía del último inciso del artículo 75.1, párrafo tercero, («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 estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades»).
- No resulta adecuado que, también de modo restrictivo, tales servicios hayan de entenderse como equiparables a los que son objeto del contrato, dado su objeto y alcance, en los términos detallados en un informe técnico(347).

En consecuencia, y de acuerdo con el Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los Contratos Públicos(348), todo licitador tiene derecho a integrar su solvencia con medios de otras entidades. Corresponde al licitador que acude a los medios de terceros para integrar su solvencia la libertad de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con las otras entidades cuya capacidad invoca a efectos de la ejecución de ese contrato y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esos vínculos, uno de los cuales es el compromiso suscrito por los terceros titulares de los medios.

Los poderes adjudicadores no deben, como ya se ha señalado, imponer condiciones expresas que puedan obstaculizar el ejercicio del derecho de cualquier operador económico a basarse en las capacidades de otras entidades, en particular, señalando, en su caso, por adelantado las modalidades concretas conforme a las cuales pueden ser invocadas las capacidades de esas otras entidades(349).

De acuerdo con la naturaleza amplia de colaboración señalada, el mencionado artículo 75 de la LCSP dispone 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, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar. En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en una UTE, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la misma.

(347) Resolución del TACRC número 1248/2019, de 4 de noviembre, en la que, en relación con la acreditación de la solvencia por medios externos del artículo 75 de la LCSP, se analiza un contrato de mantenimiento de portales web.

(348) Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión SEC (2008) 2193, de 25 de junio de 2008.

(349) Resolución del TACRC número 961/2018, de 19 de octubre.

Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador 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 ha presentado la mejor oferta.

En estos casos, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario (350). Ahora bien, para que dicha posibilidad pueda ser admitida debe referirse, exclusivamente en los términos del artículo 75.3 de la LCSP, a la solvencia económica o financiera y, además, siempre que aparezca suficientemente justificado por el órgano de contratación en función de las particulares características del objeto y finalidad del contrato (351).

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, los poderes adjudicadores podrán exigir 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, siempre que así se haya previsto en el correspondiente PCAPS con indicación de los trabajos a los que se refiera.

2. Condiciones especiales de ejecución

Resulta muy interesante establecer las diferencias entre la acreditación de la solvencia con medios externos del artículo 75 de la LCSP y el establecimiento de determinadas condiciones especiales de ejecución de los contratos, al amparo del artículo 76 de la LCSP.

Respecto de dicho asunto, es doctrina reiterada que una cosa es la relativa a los requisitos de solvencia, que se han de acreditar por los licitadores y otra la posibilidad de exigir a los contratistas un compromiso de dedicar al contrato

(350) 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.
- 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 números 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.

(351) Resolución del TACRC número 657/2022, de 2 de junio.

determinados medios materiales y la configuración de este compromiso como obligación esencial del contrato, cuyo incumplimiento daría lugar a la imposición de penalidades y en su caso a la resolución del propio contrato (352).

En este primer caso (solvencia), se trata de un requisito de admisión, es decir, se trata de un requisito de carácter eliminatorio, no valorativo, en el sentido de que quienes no cumplan los requisitos exigidos en el PCAPS serán excluidos de la licitación.

En el segundo caso (condiciones especiales de ejecución del contrato), solo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización solo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato. Es en este momento, el de la adjudicación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, cuando el órgano de contratación debe exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato.

3. Unión Temporal de Empresarios

El artículo 75.1 de la LCSP dispone que «en las mismas condiciones, los empresarios que concurran agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal», pues a estos efectos la UTE es igual que un empresario individual, un licitador que recibe de una entidad externa, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ella, su solvencia y medios para participar en la licitación y, en su caso, ejecutar el contrato.

En relación con esta cuestión, es muy importante tener presente que, a tenor de lo previsto en el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE (353), aunque en el Derecho de la UE se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (354) (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del TJUE que ello pasa por

(352) Por todas, Resoluciones del TACRC números 174/2012, 319/2016, 1107/2017, y 547/2018.

(353) STJUE de 3 de junio de 2021. STS de 21 de junio de 2021 que analiza si en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una UTE, basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si, la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la UTE.

(354) SSTJUE de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino*, de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*, y de 2 de junio de 2016, *Pizzo*.

la aplicación del principio de proporcionalidad (355), sin embargo, también hay que tener muy en cuenta que, excepcionalmente y de forma restrictiva (356), puede que en los PCAPS, de manera motivada, se considere que el contrato sea considerado indivisible y, por tanto, se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos (357).

Una vez realizada la puntualización anterior, es necesario señalar que, aunque la acreditación de la solvencia por medios externos supone la admisión de variantes que incrementan la concurrencia y la competencia (358), cuando se trata de una UTE la considera como una agrupación indisociable que actúa como un único licitador, por lo que sus componentes quedan obligados solidariamente, de modo que le son exigibles a las empresas partícipes, los requisitos y condiciones impuestos por los pliegos a los licitadores como participantes en el procedimiento de licitación y posibles adjudicatarios (359).

Lo que no es posible, porque el artículo 75 de la LCSP lo impide, es que las empresas componentes de la UTE (360) puedan ser, a la vez, licitadores en UTE y empresas externas, o, lo que es lo mismo, que puedan aplicarse simultánea-

(355) De ese principio, que constituye un principio general del Derecho de la UE, se desprende que las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores, en ejecución de lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva (SSTJUE de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, y de 30 de enero de 2020, *Tim*). En efecto, el principio de proporcionalidad obliga al poder adjudicador a efectuar una apreciación *concretae* individualizada de la actitud de la entidad de que se trate, basándose en todos los elementos pertinentes (véanse, por analogía, las SSTJUE de 13 de diciembre de 2012, *Forposta y ABC Direct Contact*, y de 3 de octubre de 2019, *Delta Antreprizã de Construcþii.ªi Montaj*).

(356) La razón es que, partiendo de los principios de funcionalidad y de complementariedad de las capacidades, la posibilidad de que existan requisitos de capacidad o solvencia técnica cuyo cumplimiento deba ser necesariamente individualizado, sin que pueda alcanzarse por vía de agrupación o acumulación, ha de ser examinada y valorada a la luz del principio de proporcionalidad, no resultando aceptables aquellas exigencias que resulten injustificadamente gravosas y, por ello mismo, vulneradoras de los citados principios.

(357) El hecho de que la regulación vigente en materia de Contratación Pública contemple estos mecanismos de colaboración tendentes a facilitar la suma o integración de capacidades no excluye que, en determinados casos, el propio objeto del contrato o las especificidades de este hagan necesario que se incluyan los requerimientos de titulación, de experiencia o de capacidad técnica que en cada caso se consideren necesarios y respecto de los cuales no caben aquellas formas de agrupación o acumulación, sobre todo cuando se establecen no ya como aspectos o elementos susceptibles de valoración sino como verdaderos requisitos para la admisibilidad de la oferta.

(358) Resolución del TACRC número 873/2020, de 31 de julio.

(359) Resolución del TACRC número 873/2020, de 31 de julio, con mención de las Resoluciones números 334 y 627.

(360) Resolución del TACRC número 34/2021, de 8 de enero.



mente las regulaciones relativas a la apreciación de la solvencia de los licitadores cuando conforman una UTE y la integración de su solvencia por medios externos, por mucho que las empresas participantes de la UTE conformen entre si un grupo de empresas.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE, que ha de ser interpretado a la luz de los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios enunciados en los artículos 49 y 56 del TFUE, «se opone a una normativa nacional según la cual la empresa representante de una agrupación de operadores económicos que participa en un procedimiento de celebración de un contrato público debe cumplir los criterios establecidos en el anuncio de licitación y ejecutar las prestaciones de dicho contrato en una proporción mayoritaria» (361).

f) 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.

(361) STJUE de 28 de abril de 2022, en la que se resuelve una cuestión prejudicial que se centraba en dirimir si el artículo 83 del Código de Contratación Pública Italiano, que preveía la exclusión de una agrupación temporal de empresarios porque su representante no cumplía por sí sola los requisitos de admisión y no iba a ejecutar las prestaciones de forma mayoritaria frente al resto de los operadores económicos. Finalmente, el Tribunal señala que el artículo 83.3 citado se opone a lo previsto en el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE basándose en que, al imponer a la empresa representante de la agrupación de operadores económicos la ejecución de las prestaciones «en una proporción mayoritaria», el artículo 83 del Código de Contratación Pública Italiano introduce un requisito más riguroso que el previsto en la Directiva 2014/24/UE, que se limita a autorizar al poder adjudicador a establecer en el anuncio de licitación que determinadas tareas críticas serán efectuadas directamente por un participante en la agrupación de operadores económicos, y, además, va más allá de lo previsto en el artículo 19.2, párrafo segundo, de la citada Directiva, que permite a los Estados miembros establecer unas condiciones normalizadas para la forma en que las agrupaciones de operadores económicos cumplan con las condiciones relativas a la solvencia económica y financiera o la capacidad técnica y profesional a que se refiere el artículo 58 de la citada Directiva, al regular la propia ejecución del contrato y exigir a este respecto que dicha ejecución la efectúe mayoritariamente el representante de la agrupación.



Precisamente por esta circunstancia la acreditación de solvencia financiera y económica no va dirigida a 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 indebida ejecución del mismo, que está cubierta, salvo que otra cosa se hubiera establecido en los PCAPS, por ejemplo por la vía del artículo 194.2 de la LCSP (deducción de las cantidades en concepto de penalidades con cargo al pago total o parcial, deba abonarse al contratista), 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 planteamiento 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 con las matizaciones que se van a hacer a continuación, 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 (362).

(362) Informe JCCA número 78/2009, de 23 de julio de 2010.



2. Medios de acreditación

El artículo 87.4, en relación con al artículo 74.2 de la LCSP, dispone que, en todo caso, los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el PCAPS del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo (363), no debiendo en ningún caso suponer un obstáculo a la participación de las PYMES.

Conviene recordar que, en este tipo de solvencia, se hace presente una de las excepciones (364) al régimen tasado que el primer inciso del artículo 87.1 de la LCSP recuerda al señalar que este tipo de solvencia «deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación». Según ello, será facultad del órgano de contratación, teniendo muy en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, elegir en los PCAPS, como señala el primer párrafo del artículo 86.1 de la LCSP, qué requisitos, de entre los recogidos en los artículos 87 a 91 de la LCSP, deberá acreditar el licitador que haya realizado la mejor oferta. Esta regla general causa crisis en el caso de la solvencia económica y financiera pues el párrafo tercero del artículo 86.1 de la LCSP establece que «Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado».

Por lo que se refiere a los medios que el órgano de contratación puede incluir en los PCAPS, el artículo 87 de la LCSP dispone lo siguiente:

- En cuanto al volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, lo refiere al mejor ejercicio dentro de los 3 últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los PCAPS del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. En el caso de que el licitador hubiera participado en la ejecución de un contrato formando UTE, solamente podrá invocar los ingresos percibidos por la misma si ha contribuido efectivamente a realizar

(363) Resolución del TACRC número 1132/2018, de 7 de diciembre.

(364) La otra se recoge en el párrafo segundo del artículo 86.1 de la LCSP que, para los contratos No SARA, prevé que el órgano de contratación, además de los documentos a los que se refiere el párrafo primero, podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91.

una actividad análoga a la que es objeto del contrato público respecto del cual pretende demostrar su solvencia económica y financiera (365).

Como regla general, no podrá exceder de una vez y media el valor estimado del contrato (366), excepto en casos debidamente justificados, como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros. En relación con ello, es preciso señalar que no resulta adecuado vincularlo con el volumen de facturación por prestaciones satisfechas en los 3 años precedentes a la formalización que sea superior al valor estimado de contrato, pues la LCSP se refiere al «valor anual medio», cuando la duración del contrato es superior a 1 año, y al «valor estimado simple», cuando su duración no sea superior a 1 año (artículo 87.3.a) de la LCSP y artículos 11.4.a) y 26 del RGTRLCAP). Por tanto, aunque el artículo 87.1 a) solo habla, como ya se ha señalado, de «valor estimado», el principio de proporcionalidad que establece en su artículo 74, y la propia regulación supletoria del artículo 87.3.a) debe llevar a interpretar el artículo 87.1.a) en el sentido de que se está refiriendo a contratos de duración superior a 1 año, en cuyo caso debe utilizarse como parámetro el «valor anual medio» del contrato. Por el contrario, el artículo 87.3.a) debe aplicarse, con carácter supletorio cuando los PCAPS no concreten la solvencia económica y financiera y para contratos de duración igual o inferior a 1 año, en referencia al «valor estimado simple» del contrato (367).

El órgano de contratación indicará las principales razones de la imposición de dicho requisito en los PCAPS o en el informe específico que, a tenor del

(365) STJUE de 7 de septiembre de 2021, en la que señala que el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE, debe interpretarse en el sentido de que la obligación de los operadores económicos de demostrar que tienen un determinado volumen de negocios anual medio en el ámbito de actividades al que se refiera el contrato público de que se trate constituye un criterio de selección relativo a la solvencia económica y financiera de esos operadores, a efectos del apartado 3 de dicha disposición que, en relación con el artículo 60.3 de la citada Directiva, debe interpretarse en el sentido de que, «cuando el poder adjudicador haya exigido que los operadores económicos tengan un determinado volumen de negocios mínimo en el ámbito al que se refiera el contrato público de que se trate, un operador económico solo puede, a efectos de aportar la prueba de su solvencia económica y financiera, invocar los ingresos percibidos por una unión temporal de empresas a la que haya pertenecido si ha contribuido efectivamente, en el marco de un contrato público determinado, a realizar una actividad de esa unión temporal de empresas análoga a la que es objeto del contrato público respecto del cual el citado operador pretende demostrar su solvencia económica y financiera».

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

(367) Resolución del TACRC número 521/2021, de 14 de mayo.

artículo 336 de la LCSP, deberá realizar respecto a cada contrato SARA que llegue a celebrar.

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.

- Como ya se ha señalado, en los casos en que el licitador fuera un profesional, justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los PCAPS del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.
- Patrimonio neto, o bien «ratio entre activo y pasivo», al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

La «ratio entre activo y pasivo» podrá tenerse en cuenta si el poder adjudicador especifica en los PCAPS los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato. Estos métodos y criterios deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorios.

- Como medio adicional a los previstos con anterioridad, el órgano de contratación podrá exigir que el «periodo medio de pago a proveedores del empresario», siempre que se trate de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad.
- Por último, el artículo 87.1.d) de la LCSP, dispone que para los contratos de concesión tanto de obras como 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.

3. Prueba

El artículo 87.2 de la LCSP distingue entre que el licitador estuviera o no clasificado en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (en lo sucesivo, ROLECE). En el caso de que fuera así, la inscripción acreditará frente a todos los órganos de contratación del Sector Público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del

empresario. En caso contrario, se habrán de concretar los certificados que se considerarán suficientes para acreditar documentalmente la suficiencia de la solvencia económica y financiera al señalar 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 PCAPS no se hubiesen concretado los criterios y requisitos mínimos para probar la solvencia económica y financiera, éstos se acreditarán de alguna de las siguientes maneras:

- Respecto del volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los 3 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:
 - Por medio de la presentación 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 (368).
 - 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.

Es preciso significar que al artículo 87.1.b) de la LCSP simplemente indica que, en los casos en que resulte apropiado, podrá exigirse justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por riesgos profesionales. Por actividades profesionales cabe entender cualquiera que teniendo ese carácter puedan generar riesgos que hagan apropiado exigir su cobertura mediante un seguro del tipo

(368) En relación con 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.



indicado (369). De este modo, si una actividad de esa naturaleza diera lugar a un riesgo de carácter genérico, ello no autorizaría a exigir la acreditación de la solvencia económica y financiera mediante la exigencia de la tenencia de un seguro del tipo indicado. Por el contrario, si de esa actividad pueden resultar graves daños y responsabilidades para el órgano de contratación o daños a tercero, sí se podrá establecer y exigir un seguro de responsabilidad civil por daños no profesionales, como condición especial de ejecución del contrato, pero no como medio de solvencia de cada uno de los licitadores (370).

Este requisito se entenderá cumplido por el licitador 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 siguientes a la recepción del requerimiento efectuado por la mesa de contratación para que presente, al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, la documentación justificativa de las circunstancias que se han declarado en el DEUC. 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.

g) Solvencia técnica en los contratos de obras

1. Introducción

En la experiencia de los autores de esta obra, el artículo 88 de la LCSP no ha planteado problemas contenciosos específicos derivados de su tenor literal. Los problemas observados se refieren a la falta de relación de los requisitos exigidos en los PCAPS con el propio objeto del contrato (371) produciendo efectos discriminatorios o, en algunos supuestos, a que, a pesar de que dicha relación de causalidad existía, sin embargo, eran indeterminados o no proporcionales a la naturaleza y el valor estimado del contrato.

En relación con dicha cuestión, cabe recordar los supuestos en los que, generalmente, en los PCAPS o en los PPTS se hace referencia a un determinado

(369) Tituladas o no, liberales o no, reguladas o no, no solo las previstas en el Real Decreto 1837/2008, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado.

(370) Resoluciones del TACRC números 994/2019, de 6 de septiembre, y 1016/2020, de 28 de septiembre.

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

perfil profesional para llevar a cabo, por ejemplo, los trabajos de dirección de obras. En estos casos, a juicio de los autores de esta obra, aunque debe acudir a la doctrina jurisprudencial que ha acuñado el principio de libertad con idoneidad, que se va a analizar más adelante (372), sin embargo, debe complementarse dicho planteamiento, que aboga por la neutralidad técnica de los pliegos en aras a salvaguardar los principios rectores de la Contratación Pública que se enuncian en el artículo 1.1 de la LCSP, con la necesidad de que, en la Fase Interna del contrato, en alguno de los documentos contractuales que conforman el expediente de contratación, el órgano de contratación, aparte de dejar perfectamente definido el objeto del contrato y las actividades a desarrollar, establezca los criterios y reglas interpretativas sobre las titulaciones que resultarían admisibles (no sería correcta una cláusula que fijara una determinada titulación añadiendo a continuación, como en las prescripciones técnicas, la expresión «o equivalente»)(373), no resultando admisible que dicha especificación se demorara al momento en el que la mesa de contratación analizara las ofertas presentadas por los licitadores (374).

2. Medios de acreditación

El artículo 88.1 de la LCSP, siguiendo la regla general que se aplica a los requisitos de solvencia, indica que la solvencia técnica del empresario en los contratos de obras deberá ser acreditada por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

– Relativo a la ejecución de un número determinado de obras:

Relación de las obras ejecutadas en el curso de los 5 últimos años, avalada por certificados de buena ejecución. Estos certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término. En su caso, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

(372) Sexta Parte sobre «Normas aplicables a la contratación de un Poder Adjudicador Administración Pública», «5. Fase interna: Preparación de los contratos administrativos», «F. Expediente de contratación», «d. Pliegos de prescripciones técnicas», «6. Principio de neutralidad profesional».

(373) En este sentido, no resultaría adecuada una cláusula del siguiente tenor: «El Director de la ejecución de las obras tendrá la titulación de grado en Ingeniería en Tecnología Industrial junto con el máster universitario de Ingeniería Industrial u otra “titulación equivalente”...».

(374) Resoluciones del TACRC números 465/2022, de 21 de abril, y 636/2022, de 26 de mayo.

Respecto de la relación de las obras ejecutadas, no se concreta que los certificados de buena ejecución deban venir referidos a las obras más importantes, sino que lo extiende para todas las obras ejecutadas por el licitador(375).

Cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar en los PCAPS que se tendrán en cuenta las pruebas de las obras pertinentes efectuadas más de 5 años antes.

A estos efectos, las obras ejecutadas por una sociedad extranjera filial del contratista de obras tendrán la misma consideración que las directamente ejecutadas por el propio contratista, siempre que este último ostente directa o indirectamente el control de aquella en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y, en caso contrario, solo se reconocerá como experiencia atribuible al contratista la obra ejecutada por la sociedad participada en la proporción de la participación de aquel en el capital social de esta.

Este medio de acreditación, como señala el artículo 88.2 de la LCSP, no será exigible en ningún caso cuando se trate de contratos cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros y el empresario sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a 5 años.

– Perfil Técnico del empresario:

Declaración indicando el personal técnico u organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que disponga para la ejecución de las obras, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación. Dada esta redacción ya no cabe entender, a juicio de los autores de esta obra, que, siguiendo la redacción que se hacía en el artículo 76.1.b) del TRLCSP, se trata de un medio que ha de tener, en todo caso, relación con los responsables del control de calidad.

– Cualificación técnica del personal:

Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de las obras, así como de los técnicos encargados directamente de la misma, siempre que no se evalúen como un criterio de adjudicación (376).

El artículo 76.1 de la LCSP señala que, en los contratos de obras que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas

(375) Resolución del TACRC número 241/2012, de 31 de octubre, en relación con la inadecuación de incluir en los PCAPS que la acreditación de la solvencia técnica se efectúe, exclusivamente, en base a las obras ejecutadas para las Administraciones Públicas.

(376) Respecto al debatido tema de las competencias de los diferentes profesionales, véanse las SSTs de 21 de abril de 1989 y de 15 de octubre de 1992.

que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.

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» (377), la doctrina legal del TS 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 (378).

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, estas 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.

No se trata, por tanto, 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 (379).

– Medidas medioambientales:

En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

– Plantilla del empresario:

Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y del número de directivos durante los 3 últimos años, acompañada de la documentación justifi-

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

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

(379) STS de 15 de octubre de 1990.

cativa correspondiente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

– Maquinaria, material y equipo técnico:

Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de las obras, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación.

3. Prueba

El artículo 88.3 de la LCSP dispone que, en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los PCAPS, se especificarán los medios, de entre los recogidos en el artículo 88.2, admitidos para la acreditación de la solvencia técnica, con indicación expresa, en su caso, de los valores mínimos exigidos para cada uno de ellos.

En este sentido, el artículo 92, párrafo primero, de la LCSP establece que la concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los PCAPS.

En su defecto, y para cuando no sea exigible la clasificación, el inciso final del artículo 88.3 de la LCSP dispone que la acreditación de la solvencia técnica 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 ciento de la anualidad media del contrato.

h) Solvencia técnica en los contratos de suministros

1. Introducción

Los principales problemas que se han planteado sobre la aplicación del artículo 89 de la LCSP se refieren, como se analizará a continuación, a la falta de

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 3 años antes.

Para determinar que un suministro es «de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato», el PCAPS podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código Normalizado de Productos y Servicios (UNSPSC) o a la Clasificación Central de Productos (CPC), ambas de las Naciones Unidas, 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 PCAPS 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 simplemente por admitir un sumatorio de los suministros ejecutados en dicho período de tiempo (382).

Este medio de acreditación, como señala el artículo 89.1.h) de la LCSP, no será exigible en ningún caso cuando se trate de contratos NO SARA cuando el empresario sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a 5 años.

- Perfil Técnico del empresario:

Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.

- Instalaciones técnicas del empresario:

Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

- Control sobre el empresario en caso de suministros complejos:

Será efectuado por la entidad del Sector Público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, y versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.

(382) 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, para la adquisición de pienso para ratón.

Sin embargo, deja sin solucionar un tema que siempre se ha echado en falta y que, a juicio de los autores de esta obra, carece de toda lógica, 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 PCAPS ninguna cláusula que exija, a la hora de acreditar la solvencia técnica en este tipo de contratos, que los certificados incluyan una referencia expresa a la «buena ejecución» o que se desarrolló «a plena satisfacción del contratante» (383).

El artículo 89.3 de la LCSP dispone que, en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los PCAPS, se especificarán los medios, de entre los recogidos en el artículo 89.2, admitidos 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 y, en su caso, de las normas o especificaciones técnicas respecto de las que se acreditará la conformidad de los productos. En este sentido, el artículo 92, párrafo primero, de la LCSP establece que la concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los PCAPS, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos.

En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica 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 ciento de la anualidad media del contrato. El artículo 11.4.a) del RGTRLCAP, en términos análogos, dispone que se hará en referencia al «año de mayor volumen de negocio». Sobre dicha cuestión, resulta conveniente tener presente esta cuestión para que los PCAPS no incurran en falta de claridad al emplear dichos términos (384).

(383) 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».

(384) Véase por su interés la Resolución del TACRC número 868/2018, de 1 de octubre, con cita de las Resoluciones números 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras, y la Resolución número 1251/2020, de 20 de noviembre.



Por último, el inciso final del artículo 92, párrafo primero, cierra el sistema señalando que, en su ausencia concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, serán de aplicación, en virtud del principio de libertad de pactos del artículo 34.1 de la LCSP, los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los PCAPS.

i) Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios

1. Introducción

En relación con la misma, en el artículo 90 de la LCSP se reproducen aspectos que hacen referencia a aspectos relativos a la solvencia técnica o profesional que ya se han analizado a propósito del contrato de suministro y del contrato de obras.

Los principales problemas, que se han planteado sobre la aplicación del citado artículo, coinciden con lo ya manifestado a propósito de la solvencia técnica de los contratos de suministros, es decir, se refieren a la falta de claridad de algunas cláusulas incluidas en los PCAPS respecto a la fijación de la solvencia respecto al «importe anual acumulado en el año de mayor ejecución» o al «año de mayor volumen de negocio».

2. Medios de acreditación

El artículo 90 de la LCSP dispone que, en los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que deberá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación: (385)

– Relativo a la ejecución de un número determinado de servicios:

Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de como

(385) Resolución del TACRC número 719/2022, de 16 de junio, en la que se declara que no resulta adecuada la solvencia técnica o profesional en un contrato de servicios sobre el «Certificado Fent Empresa. Iguals en Oportunitats», concedido por la Dirección General del Instituto Valenciano de las Mujeres de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana, a aquellas empresas que presentan un Plan de Igualdad que permite corregir las desigualdades de género, incorporar medidas innovadoras para favorecer la igualdad y proporcionar recursos que facilitan la conciliación de la vida familiar y laboral de su personal, ya que al exigirlo, sin posibilidad de admitir que se presente un certificado

máximo (386), los 3 últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

La interpretación de la expresión «destinatario, público o privado de los mismos» no puede ser tal que se reconozca al órgano de contratación la facultad de poder exigir en los PCAPS la elección exclusiva de servicios 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 servicios ejecutados en el Sector Público o Privado (387). El precepto, pues, debe leerse desde la perspectiva del licitador que debe acreditar su solvencia, y que puede esgrimir la realización de servicios 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.

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.

Para determinar que un suministro es «de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato», el PCAPS podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código Normalizado de Productos y Servicios (UNSPSC) o a la Clasificación Central de Productos (CPC), ambas de las Naciones Unidas, 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 PCAPS 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

equivalente, implícitamente se está restringiendo la posibilidad de participar en la licitación a los operadores económicos que no vinieran operando en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana, lo que resulta contrario a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, recogidos en el artículo 1.1 LCSP como principios rectores de la Contratación Pública.

(386) 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 a una forma dinámica para su cálculo, en función de que los licitadores podían presentar ofertas no necesariamente a todo un lote, Resolución del TACRC número 172/2011, de 8 de agosto.

(387) Resolución del TACRC número 241/2012, de 31 de octubre.



dicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.

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» (391), la doctrina legal del TS 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 (392).

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, estas 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.

No se trata, por tanto, 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 (393).

– Medidas medioambientales:

En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

– Plantilla del empresario:

Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y del número de directivos durante los 3 últimos años, acompañada de la documentación justificativa

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

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

(393) STS de 15 de octubre de 1990.

3. Prueba

El artículo 90.1.a) de la LCSP prevé que, para la acreditación de la ejecución de un número determinado de servicios o prestaciones en contratos de esta naturaleza, se podrá efectuar por los siguientes medios:

- Mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del Sector Público. Estos certificados serán, en su caso, comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.
- Por medio de certificado expedido por el sujeto privado destinatario del servicio o prestación o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario, acompañado de los documentos obrantes en su poder que acrediten la realización de la prestación (398).

Sin embargo, como ya se ha indicado a propósito del contrato de suministro, no aborda el tema que siempre se ha echado en falta y que, a juicio de los autores de esta obra, carece de toda lógica, pues respecto a estos contratos y a los contratos de suministros, 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 PCAPS 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» (399).

El artículo 90.2 de la LCSP dispone que, en el anuncio de licitación o invitación a participar en el procedimiento y en los PCAPS se especificarán los medios, de entre los recogidos en el artículo 90.1, admitidos para la acreditación de la sol-

(398) Resolución del TACRC número 253/2019, de 15 de marzo, en la que señala que a los efectos del artículo 90.1 a) de la LCSP («... cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación...»), no es válido acudir, para acreditar su solvencia profesional, al análisis de las cuentas depositadas en el Registro Mercantil en las que se pone de manifiesto un determinado volumen de negocios, pues el mencionado precepto se está refiriendo específicamente a los documentos relativos a los contratos de naturaleza similar, que acreditan su experiencia, no siendo relevante a estos efectos la cifra mencionada.

(399) 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».

vencia 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 y, en los casos en que resulte de aplicación, con especificación de las titulaciones académicas o profesionales, de los medios de estudio e investigación, de los controles de calidad, de los certificados de capacidad técnica, de la maquinaria, equipos e instalaciones, y de los certificados de gestión medioambiental exigidos.

En este sentido, el artículo 92, párrafo primero, de la LCSP establece que la concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos.

En su defecto, la acreditación de la solvencia técnica 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 ciento de la anualidad media del contrato (400). El artículo 11.4.a) del RGTRLCAP, en términos análogos, dispone que se hará en referencia al «año

(400) Resolución del TACRC número 885/2020, de 31 de julio, en la que analiza la exclusión de un licitador porque «los certificados de buena ejecución que presenta no alcanzan el 70% del valor estimado del contrato referidos al año de mayor ejercicio», no cumpliendo, en consecuencia, «con el requisito de la solvencia técnica exigido en el cuadro de características del contrato», en base a la siguiente cláusula (surge del artículo 90.1.a) de la LCSP en relación con al artículo 11.4.b) del RGTRLCAP):

«MEDIOS DE ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA. (artículos 90, 93 y 94 LCSP). Medios: Acreditación de la experiencia en la realización de trabajos del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato.

Criterios de selección y requisitos mínimos: Acreditación mediante una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

Deberán estar avalados por certificados de buena ejecución, y el requisito mínimo será el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del importe del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado. (artículo 11 del RGLCAP)».

El Tribunal señala lo siguiente:

1. En la interpretación del cumplimiento de los requisitos de solvencia de los licitadores deben rechazarse las interpretaciones restrictivas o discriminatorias, así como las limitativas de la

de mayor volumen de negocio». Sobre dicha cuestión, que ya se ha abordado a propósito de la solvencia técnica o profesional en los contratos de suministros, resulta conveniente tener presente esta cuestión para que los PCAPS no incurran en falta de claridad al emplear dichos términos (401).

Por último, el inciso final del artículo 92, párrafo primero, cierra el sistema señalando que, en su ausencia concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, serán de aplicación, en virtud del principio de libertad de pactos del artículo 34.1 de la LCSP, los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los PCAPS.

j) Solvencia técnica o profesional en los restantes contratos

El artículo 91 de la LCSP dispone que la acreditación de la solvencia profesional o técnica en contratos distintos de los de obras, servicios o suministros podrá realizarse por los documentos y medios que se indican en el 90 que, como ya se ha señalado, resulta aplicable al contrato de servicios y que reúne un conjunto de medios de acreditación de amplio espectro, pues reúne requisitos que son comunes tanto al contrato de obras como al contrato de suministro.

k) Garantía de la calidad

El artículo 93 de la LCSP dispone que en los contratos SARA, 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, en particular en materia de accesibilidad para personas con discapacidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por

libre concurrencia (Resolución del TACRC número 528/2014, de 11 de julio, Fundamento de Derecho Sexto).

2. La cuestión se ciñe a la determinación de la base sobre la cual se ha de aplicar el porcentaje del 70 por ciento que determina el límite mínimo de la solvencia técnica. A juicio del Tribunal considera que el parámetro de comparación debe ser el de la anualidad media del contrato, cuyo importe es inferior al del valor estimado y, por lo tanto, sin incluir la imposición indirecta. (401) Véase por su interés la Resolución del TACRC número 868/2018, de 1 de octubre, con cita de las Resoluciones números 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras, y la 1251/2020, de 20 de noviembre.



calidad [artículo 90.1 b)], y en la descripción de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad [artículo 90.1 c)].

l) Gestión medioambiental

El artículo 94 de la LCSP dispone que en los contratos SARA, cuando los órganos de contratación exijan, como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional, la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el licitador cumple determinadas normas de gestión medioambiental, harán referencia al Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Medioambientales (EMAS) de la UE, o a otros sistemas de gestión medioambiental reconocidos de conformidad con el artículo 45 del Reglamento (CE) número 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.

Ello no quiere decir, de ninguna manera, que en los contratos NO SARA no pueda incorporarse que los licitadores hayan de probar, como criterios de solvencia técnica o profesional, determinados certificados que acrediten que cumplen determinadas normas de gestión medioambiental, ya que ello siempre es posible hacerlo en virtud de la discrecionalidad técnica que posee el órgano de contratación toda vez que ni la Directiva 2014/24/UE ni la LCSP lo impiden (405).

Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la UE y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presente el licitador, y, en particular, 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.

m) Exención

El artículo 92, párrafo segundo, de la LCSP dispone que en todo caso, la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A tal efecto, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los PCAPS deberá

(405) Dictamen de la JCCA número 51/2005, de 19 de diciembre, a la consulta planteada por la Federación Española de Asociaciones de Empresas Forestales y del Medio Natural.

indicarse el CPV correspondientes al objeto del contrato, los cuales determinarán el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, en que se considera incluido el contrato.

Se trata de una exención de la obligación de que los licitadores acrediten su solvencia para contratar con una entidad del Sector Público, basada en 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 este sentido, debe recordarse que no debe relacionarse únicamente el ROLECE con el contrato de obras de valor estimado igual o superior a 500.000 euros en cuyo caso los PCAPS deben exigir clasificación a los licitadores a tenor del artículo 77.1.a) de la LCSP, sino que sus funcionalidades se extienden mucho más allá en los términos señalados en los artículos 339.1 de la LCSP que, bajo el título de «Inscripciones a solicitud de los interesados», dispone que en el Registro podrán constar, cuando así lo solicite el interesado, los datos 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, así como a otros datos de interés para la Contratación Pública que se determinen reglamentariamente.

Aparte de la exención señalada, el artículo 92, párrafo tercero, de la LCSP dispone 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».

E. Clasificación del contratista

a) Ámbito de aplicación subjetivo

A diferencia de lo que hacía el artículo 65.1, párrafo primero, del TRLCSP que vinculaba únicamente la clasificación de los empresarios con los contratos celebrados por las «Administraciones Públicas», el artículo 77.1, párrafo primero, de la LCSP ha ampliado el ámbito de aplicación de la posible clasificación del empresario extendiéndolo, no solo al Poder Adjudicador Administración Pública, sino también al Poder Adjudicador No Administración Pública cuando cele-

bre contratos privados. En consecuencia, el estatus especial de capacidad(406), 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(407) en materia de contratación, la aplicación del régimen de clasificación de los licitadores.

b) Obligatoriedad

El artículo 77.1.a), párrafo primero, de la LCSP dispone que para los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado como contratista de obras de los poderes adjudicadores.

Para dichos contratos, la clasificación del empresario en el grupo o subgrupo que en función del objeto del contrato corresponda, con categoría igual o superior a la exigida para el contrato, acreditará sus condiciones de solvencia para contratar.

De ello se deduce que la clasificación resulta obligatoria en los contratos administrativos de obras (Poder adjudicador Administración Pública) y privados de obras (Poder Adjudicador No Administración Pública).

Respecto del contrato de concesión de obras surge la duda de si será exigible la clasificación respecto a la parte de la obra cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros. En este asunto, hay que señalar que no será exigible, aunque el contrato de concesión de obra incorpore un contrato de ejecución de obra(408).

En el caso de los contratos mixtos, habrá que acudir a la regulación específica que se deriva del artículo 18 de la LCSP que se analizará en su momento.

El artículo 77.3 de la LCSP prevé que por Real Decreto podrá exceptuarse la necesidad de clasificación para determinados tipos de contratos de obras en los que este requisito sea exigible, debiendo motivarse dicha excepción en las circunstancias especiales y excepcionales concurrentes en los mismos.

(406) 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».

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

(408) Informes JCCA números 49/1997 y 2/2008, de 28 de julio.

Para finalizar, señalar simplemente, que la clasificación será exigible igualmente, a tenor de los artículos 77.2 y 214.2.c) de la LCSP, al cesionario de un contrato en el caso en que hubiese sido requerida al cedente.

c) Potestatividad

El artículo 77.1.a), párrafo segundo, b) y c) de la LCSP señala que 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 PCAPS, acreditará su solvencia para contratar.

Respecto de la solvencia económica y financiera, si los PCAPS no concretaran los requisitos exigibles, la acreditación se efectuará conforme a los criterios, requisitos y medios recogidos en el artículo 87.3 inciso segundo de la LCSP, que tendrán carácter supletorio.

- Contratos de servicios, aunque, en los PCAPS, 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.
- Demás tipos de contratos, en cuyo caso 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 PCAPS.

En los dos primeros casos, 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 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 que han de aparecer detallados en los PCAPS del contrato.

d) No obligatoriedad

El artículo 77.1.c) de la LCSP señala, como lo hacía el artículo 65 del TRLCSP, que la clasificación no será exigible para los demás tipos de contratos, en cuyo caso 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 PCAPS del contrato.

e) *Excepciones*

El artículo 77.4 de la LCSP establece que, cuando a un contrato de obras de valor estimado igual o superior a 500.000 euros, no haya concurrido ninguna empresa clasificada en un procedimiento de adjudicación de un contrato para el que se requiera clasificación, el órgano de contratación podrá excluir la necesidad de cumplir este requisito en el siguiente procedimiento que se convoque para la adjudicación del mismo contrato, siempre y cuando no se alteren sus condiciones, precisando en el PCAPS y en el anuncio, en su caso, los medios de acreditación de la solvencia que deban ser utilizados de entre los especificados en los artículos 87 y 88.

Es preciso insistir, a juicio de los autores de esta obra, que para la aplicación de esta excepción es condición necesaria que haya habido una previa licitación con exigencia de clasificación y que no haya concurrido ningún licitador que cumpliera con tal requisito. Por ello, si la licitación ha quedado desierta por otras causas, no resultaría de aplicación dicha excepción, razón por la cual, en la nueva convocatoria que se realice, habría de exigirse nuevamente la clasificación correspondiente (409).

Además del supuesto analizado, en el artículo 78 de la LCSP se prevé que no será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la UE o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una UTE, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia, o cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación de la Administración General del Estado y los entes organismos y entidades de ella dependientes con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la JCCPE. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la autorización será otorgada por los órganos que estas designen como competentes.

f) *Criterios y condiciones para la clasificación*

El artículo 79.1 de la LCSP dispone que la clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, valorada conforme a los criterios reglamentariamente establecidos de entre los recogidos en los artículos 87, 88 y 90, y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía. A estos efectos, los contratos se dividirán en grupos generales y subgrupos, por su peculiar naturaleza, y dentro de estos por categorías, en función de su cuantía. La expresión de la cuantía se efectuará por referencia al valor estimado del contrato, cuando la duración de este sea igual o inferior a 1 año, y por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de duración superior.

(409) Informe JCCA número 19/2007, de 26 de marzo.

Respecto de este último extremo, se han planteado dudas sobre si la exigencia de clasificación ha de hacerse en función de la cuantía total del contrato o si han de tenerse en cuenta en cuenta la división por lotes. A juicio de los autores de esta obra, el órgano de contratación deberá fijarse, al amparo del artículo 99.7 de la LCSP, no en el valor estimado del contrato en su conjunto sino a los lotes en que este se divide, salvo que se establezca una previsión en los PCAPS en el sentido que cada lote no constituirá un contrato independiente o que puedan presentarse ofertas integradoras (410).

El artículo 79.2 de la LCSP dispone que 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). En este último sentido, el artículo 79.4 señala que 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, por transformación, fusión o sucesión, de otras afectadas por una prohibición de contratar.

El artículo 79.3 de la LCSP dispone que, en el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, y a efectos de la valoración de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el artículo 82.2, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.

El artículo 79.4 de la LCSP dispone 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, pero 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.

(410) Resolución del TACRC número 1016/2020, de 28 de septiembre.



Por lo que se refiere al artículo 79.5 de la LCSP, que ha incorporado las normas que estaban originariamente incluidas en el artículo 36.1 y 2 del RGTRLCAP, su aplicación requiere que los órganos de contratación tengan presente lo señalado en el mismo, así como en otros preceptos concordantes y en los principios generales relativos a la solvencia exigible en un contrato, de acuerdo con las siguientes pautas interpretativas (411):

- La clasificación exigida a los participantes se indicará en el anuncio de licitación y se especificará en el PCAPS del contrato (artículo 74.2 de la LCSP), debiendo justificarse adecuadamente en el expediente la clasificación exigida (artículo 116.4 de la LCSP).
- La regla inicial para exigir el subgrupo de clasificación dependerá de si la naturaleza de las obras se corresponde con algunos de los tipos establecidos como subgrupo y no presenten singularidades diferentes a las normales y generales a su clase, en cuyo caso se exigirá solamente la clasificación en el subgrupo genérico correspondiente (artículo 79.5, primer párrafo, de la LCSP).
- Por el contrario, cuando las obras presenten singularidades no normales o generales a las de su clase y sí, en cambio, asimilables a tipos de obra correspondientes a otros subgrupos diferentes del principal, la exigencia de clasificación se extenderá también a estos subgrupos con determinadas limitaciones (artículo 79.5, segundo párrafo, de la LCSP):
 - Las singularidades no normales o generales, que justifican la exigencia de clasificación en otro subgrupo distinto del general, han de quedar justificadas en el expediente de contratación de acuerdo con el artículo 116.4 LCSP y hacerse constar en los PCAPS.
 - El número máximo de subgrupos exigibles no debe ser superior a 4, debiendo entenderse que se refiere a 4 subgrupos pertenecientes a cualesquiera de los grupos.
 - Cabe admitir casos excepcionales en que se exija un número de subgrupos superior, lo cual debe estar justificado en el expediente con carácter previo a la tramitación del procedimiento de licitación y reflejarse en los PCAPS, y la excepcionalidad debe estar marcada por las características de la obra en sí misma considerada y no por circunstancias ajenas a la misma.
 - 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 ciento del precio total del contrato salvo casos excepcionales, que deberán acreditarse razonadamente en los PCAPS.

(411) Informe JCCPE número 39/2016, de 10 de diciembre de 2018, sobre interpretación del artículo 36 del RGTRLCAP.

El resto de apartados del artículo 79, deben interpretarse teniendo en cuenta las reglas anteriores. Además, el cálculo de la categoría exigible debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79.1.in fine LCSP.

g) Clasificación a través de medios ajenos

El artículo 75 de la LCSP procede, como ya se ha analizado, a modificar en profundidad el artículo 63 del TRLCSP, siendo plenamente aplicable, a juicio de los autores de esta obra (412), al supuesto de acreditación de los criterios y condiciones para la clasificación a través de medios externos (413).

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 PCAPS 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 PCAPS 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 ciento del precio del contrato.

El mencionado precepto, que se entiende vigente por los autores de esta obra excepto el último inciso 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 PCAPS se especifique qué parte de la obra debe 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 contrario, este artículo contempla

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

(413) Véase Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público número 62/2017, de 3 de abril, sobre funcionalidad y condiciones de presentación del DEUC cuando una empresa licitadora se basa en las capacidades de otra empresa.



que sea la propia Administración, en casos determinados, la que pueda establecer en los PCAPS, de modo positivo, 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 dispone que, para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la UTE empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la UE ni de un Estado signatario del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la UE 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 y financiera, técnica o profesional.

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 (414), expresadas en sus respectivas clasificaciones (415). En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras (416), sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la UE y de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En relación con el párrafo anterior, es preciso puntualizar, a juicio de los autores de esta obra, lo siguiente (417):

- En interpretación de los artículos 24.1 (418) y 52 del RGTRLCAP, las Uniones Temporales de Empresarios (en lo sucesivo, UTEs) son un sistema de

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

(415) En la Resolución del TACRC número 1029/2020, de 28 de septiembre, se estima inadecuada una cláusula del siguiente tenor literal:

«En el caso de una UTE la solvencia anterior se alcanzará por acumulación debiendo cada empresa relacionar y certificar como mínimo un (1) contrato o servicio como el solicitado. Adicionalmente, en caso de que los trabajos acreditados se hubieran realizado en UTE, el porcentaje de participación será igual o superior al 50%, para considerarse válida a efectos de acreditación».

(416) 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.

(417) Sobre las deficiencias en la redacción del artículo 24.1 del RGTRLCAP, véase la doctrina del TS que fue sintetizada en la STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2014.

(418) Resolución del TACRC número 34/2021, de 8 de enero.

agrupación de empresas que da lugar a un ente sin personalidad jurídica, que tiene como fin la ejecución de una obra, servicio o suministro determinado. Al carecer de personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad y solvencia, al igual que el de clasificación, y la ausencia de circunstancias que prohíban la contratación, han de referirse a los miembros que la conforman, de modo que, en general (419), la solvencia de la que careciera alguno de ellos, puede completarse con la que tenga el resto de miembros de la UTE (420).

- Uno de los motivos principales para que las empresas, generalmente las PYMES, se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean estas económicas, técnicas o profesionales. Por ello, el criterio general es el de la acumulación. Así lo establece el artículo 24 del RGTRLCAP, en el que la norma general es la de la acumulación, aunque, en caso de exigir la clasificación, la regla tenga características propias establecidas legal y reglamentariamente. Regla de acumulación que, en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma. En consecuencia, de acuerdo con el criterio expuesto, aunque alguna de las empresas que integran la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego, deberá procederse a la acumulación de la solvencia de las empresas que forman la UTE, de forma

(419) STS de 21 de junio de 2021 resuelve el siguiente interés casacional «Si en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una Unión Temporal de Empresas, basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si, la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la Unión Temporal de Empresas», en el sentido siguiente: El artículo 24.1 del RGTRLCAP dispone que «En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento».

Es decir, establece, por un lado, que en la UTE «cada uno» de los que la componen deberá acreditar su capacidad de obrar, pero, por otro y al mismo tiempo, se refiere a la posibilidad de «acumulación» de la solvencia de las empresas que concurren unidas, en consonancia con el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE y los artículos 69 y 74 de la LCSP.

Ahora bien, aunque el TJUE ha admitido, en general y en consonancia con lo previsto en la mencionada Directiva, dicha acumulación, sin embargo, en determinados casos el propio objeto del contrato o sus especificidades hagan necesario que la convocatoria incluya los requerimientos de titulación, de experiencia o de capacidad técnica que en cada caso se consideren necesarios y respecto de los cuales no caben aquellas formas de acumulación, sobre todo cuando se establecen no ya como aspectos o elementos susceptibles de valoración sino como verdaderos requisitos para la admisibilidad de la solicitud (STJUE de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz*). Ahora bien, la admisibilidad de esta clase de requerimientos que no pueden ser cumplidos por vía de acumulación debe ser aceptada de forma restrictiva y ha de ser examinada y valorada a la luz del principio de proporcionalidad.

(420) Resolución del TACRC número 34/2021, de 8 de enero, que cita la resolución número 556/2013, de 29 de noviembre.



que si su sumatorio o acumulación alcanza los niveles requeridos en el PCAPS deberá entenderse que la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego (421).

- Todo licitador, aunque se valga de medios externos o concurra en una UTE, ha de acreditar un mínimo de solvencia propia. Por ello, cada uno de los componentes de la UTE ha de contar con ella, si bien con el criterio flexible de entender que la relación que tengan con el objeto del contrato puede ser directa o indirecta, siempre que todas ellas tengan una finalidad social al menos relacionada con el objeto del contrato (422).

Respecto a dicho asunto, a juicio de los autores de esta obra, sí sería posible que el órgano de contratación, en los PCAPS, pudiera concretar una determinada solvencia mínima pero que resultara reforzada para la empresa que tuviera mayor porcentaje de participación en la UTE (423).

- Como ya se ha indicado en esta obra, la LCSP parte de la consideración de las empresas que componen la UTE como una agrupación indisoluble que actúa como un único licitador, y, por ello, existen algunos aspectos de solvencia sobre los cuales se alberga determinadas dudas sobre si la tenencia de una solvencia puede hacerse extensiva al resto de empresas que acuden a una licitación con el compromiso de constituirse en UTE, si resultan finalmente adjudicatarias. El asunto se plantea, por ejemplo, en relación con una determinada solvencia relativa a condiciones de gestión medioambiental (niveles adecuados de seguridad y salud), que deben reunirse por el contratista para la correcta ejecución del contrato. En este caso, las posturas se han mostrado antagónicas. Hay una primera posición que entiende que la acumulación es perfectamente posible y que, por ello, la tenencia por parte de una empresa beneficia al resto de empresas de la futura UTE (424), y, una segunda postura, que entiende precisamente

(421) Resolución 205/2012, de 20 de septiembre.

(422) Resoluciones del TACRC números 558/2013, 624/2013, 915/2014, 690/2015, 337/2016, y 627/2018, todas ellas citadas por la resolución número 387/2019, de 17 de abril.

(423) En la Resolución del TACRC número 387/2019, de 17 de abril, se estudia una cláusula de las características indicadas:

«En caso de uniones temporales de empresa, aquella que ostente mayor porcentaje de participación de las integrantes de la UTE debe acreditar, como mínimo, que está prestando o ha prestado en los últimos tres años servicios de gestión de los servicios de abastecimiento, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, de forma conjunta, en al menos tres municipios con una población de más de 2.200 habitantes».

(424) En la Resolución del TACRC número 873/2020, de 31 de julio, se indica que si se admite que los empresarios puedan acreditar que cumplen determinadas normas de garantía de la calidad sin poseer los certificados exigidos mediante pruebas de medidas equivalentes, hemos de entender que «una prueba de medidas equivalentes puede ser la acumulación de solvencias ordenada reglamentariamente para el caso de las UTEs, de forma que la acreditación del cumplimiento de las normas determinadas puede hacerse aplicando los métodos de control

todo lo contrario ya que esa cualificación, por ejemplo en manipulación de productos radiactivos en entorno hospitalario, solamente alcanza a la empresa que lo posee no teniendo el resto de empresas ni sus trabajadores la cualificación necesaria para la correcta ejecución del contrato (425).

Frente a ambas posturas, a juicio de los autores de esta obra, este ha de ser un asunto que debe quedar correctamente limitado y definido en los PCAPS durante la fase interna del contrato. De acuerdo con el artículo 34.1 de la LCSP, que regula el principio de libertad de pactos, el órgano de contratación habrá de especificar si, en relación con la correcta ejecución del objeto específico de un determinado contrato, será posible aplicar o no la regla general de acumulación a que se refiere el artículo 69.6 de la LCSP. Será una magnífica medida estratégica que permitiría evitar este tipo de conflictividad.

El artículo 69.7 de la LCSP dispone que los empresarios que estén interesados en formar una UTE podrán darse de alta en el ROLECE, que especificará esta circunstancia. Si ya estuvieran inscritos en el citado Registro, únicamente deberán comunicarle a este, en la forma que se establezca reglamentariamente, su interés en concurrir a los contratos públicos formando UTE (426).

i) Competencia

1. Efecto de la STC 68/2021

Siempre ha sido un caballo de batalla, a juicio de los autores de esta obra, los efectos aplicables a los certificados de clasificación emitidos por el ROLECE del Sector Público y por los diferentes registros de las respectivas Comunidades autónomas.

de la integrante de la UTE que posee el certificado a la realización de toda la prestación, lo que equivale a medida equivalente o prueba de medida equivalente», para concluir, de modo optimista a juicio de los autores de esta obra pues no parece ni fácil ni operativo para la correcta ejecución del contratos, que nada impide que el control de seguridad y salud en la realización de los trabajos, se asuma por la empresa miembro de la UTE que sí posee el certificado, y aplique sus sistemas, normas y métodos certificados al total de la prestación, aunque ella no la realice materialmente por sí o solo la realice parcialmente.

(425) 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.

(426) Este artículo 69.7 de la LCSP recoge la posibilidad que ya existía desde el 29 de septiembre de 2013 (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).

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

Con la entrada en vigor de la LCSP, parecía que la situación había vuelto a la calma pues el asunto estaba definitivamente aclarado:

- El artículo 80.1 señalaba que los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas se adoptarán, con eficacia general frente a todos los órganos de contratación, por las Comisiones Clasificadoras de la JCCPE.
- Por su parte, el artículo 80.2, párrafo primero, disponía que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán adoptar decisiones sobre clasificación de las empresas que serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la Comunidad Autónoma que las haya adoptado, con las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del Sector Público dependientes de una y otras.

Sin embargo, cuando parecía que el Gobierno de Aragón había desistido del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la LCSP (427), la STC 68/2021, de 18 de marzo, ha declarado inconstitucional el inciso del artículo 80.2, párrafo primero, que indicaba, precisamente, que «que serán eficaces, únicamente, a efectos de contratar con la Comunidad

(427) La Resolución de 26 de febrero de 2018, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en relación con 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 (BOE número 57, del 6 de marzo de 2018), señalaba lo siguiente:

«Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en relación con 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.

La Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado ha adoptado el siguiente Acuerdo:

- 1.º Iniciar negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con 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.
- 2.º Designar un grupo de trabajo para proponer a la Comisión Bilateral de Cooperación la solución que proceda.
- 3.º Comunicar este Acuerdo al Tribunal Constitucional por cualquiera de los órganos mencionados en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a los efectos que en el propio precepto se contemplan, así como insertar el presente Acuerdo en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Boletín Oficial de Aragón”».



Autónoma que las haya adoptado, con las Entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de una y otras», con lo que el referido apartado prácticamente ha quedado sin contenido pues su actual redacción es la siguiente: «Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán adoptar decisiones sobre clasificación de las empresas. En la adopción de estos acuerdos, deberán respetarse, en todo caso, las reglas y criterios establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo».

El fallo del Tribunal Constitucional indica que la parte subsistente del artículo 80.2, párrafo primero, de la LCSP ha de interpretarse conforme a lo expresado, respectivamente, en el fundamento jurídico 6 G) f) (428) de la mencionada Sentencia. Esta remisión no supone ninguna matización a la declaración de inconstitucionalidad de la parte citada del artículo 80.2, párrafo primero, de la LCSP.

A juicio de los autores de esta obra, la aplicación en la práctica del órgano de contratación de la declaración de nulidad del citado inciso del artículo 80.2,

(428) De una manera sintetizada dicho fundamento jurídico insiste en los siguientes argumentos: De acuerdo con la doctrina del Tribunal, el artículo 139.2 CE establece un principio general aplicable tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas del que cabe derivar un principio de equivalencia o reconocimiento mutuo de las decisiones ejecutivas autonómicas que afecten al mercado, si tales decisiones aplican una normativa común de la UE armonizada, una legislación estatal común o también cuando aplican normativa de una comunidad autónoma, si pese a la «pluralidad de legislaciones autonómicas» y a «sus posibles diferencias técnicas o metodológicas», responden a «un estándar que pueda ser considerado equivalente» (STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 12.a). El artículo 80.2 LCSP... está excluyendo la eficacia extraterritorial de estas decisiones. Esta regulación puede producir efectos diferenciados sobre los distintos licitadores que pueden actuar en los procedimientos de selección de contratistas al impedir que un licitador clasificado en una comunidad autónoma pueda utilizar esa clasificación en otras comunidades, pese a que la normativa aplicada es en buena medida la misma en todo el territorio estatal. Esta previsión puede colocar en una posición de ventaja competitiva a los licitadores locales de una comunidad autónoma, que normalmente contarán con la clasificación de su comunidad, frente a los licitadores que provengan de fuera, que se verán obligados a solicitar una nueva clasificación para poder concurrir.

De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, la exclusión de la eficacia extraterritorial de las decisiones sobre clasificación adoptadas por los órganos competentes de las comunidades que establece el artículo 80.2 LCSP no puede considerarse conforme con el artículo 139.2 CE. Para poder considerar que la limitación que establece el citado artículo 80.2 LCSP respeta las exigencias de la unidad de mercado que se derivan del citado precepto constitucional hubiera sido necesario que el Estado, en cuanto autor de este precepto y responsable de aquellos efectos diferenciados sobre los licitadores, hubiera justificado que responde a una finalidad constitucionalmente legítima.



párrafo primero, de la LCSP volverá a acarrear problemas en la acreditación de la solvencia por medio de la clasificación de los licitadores.

Por último, señalar que mientras el mencionado inciso declarado inconstitucional del artículo 80.2 ha modificado los efectos de las certificaciones emitidas por los respectivos ROLECE, según ya se ha explicado, sin embargo, resulta curioso que el artículo 96.1 y 2 de la LCSP siga reconociendo diferentes efectos de las inscripciones realizadas por el ROLECE del Sector Público y por los ROLECE autonómicos. Así, sigue señalando que mientras la inscripción en el primero (apartado 1) acreditará, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y técnica o profesional, clasificación y demás circunstancias inscritas, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo, frente a todos los órganos de contratación del Sector Público, sin embargo, indica que, las inscripciones efectuadas en el ROLECE de las Comunidades Autónomas (apartado 2), acreditará idénticas circunstancias pero solamente a efectos de la contratación autonómica, incluyendo en la misma los contratos realizados por los órganos de contratación de las entidades locales incluidas en su ámbito territorial.

2. Clasificaciones contradictorias

El artículo 80.2, párrafos segundo y tercero, de la LCSP dispone que una empresa no podrá disponer simultáneamente de clasificación en un determinado grupo o subgrupo otorgada por las Comisiones Clasificadoras de la JCCPE y por una o más Comunidades Autónomas, o por dos o más Comunidades Autónomas, con distintas categorías de clasificación. 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 una categoría superior en subgrupo alguno a aquella de la que ya disponga, otorgada por cualquier otra Administración, en dicho subgrupo.

Sobre este particular, cabe efectuar las siguientes precisiones (429):

- 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

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

ser automáticamente denegada por no respetar lo dispuesto en el artículo 80.2, párrafo primero.

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 a nivel estatal (JCCPE) o a nivel autonómico.

- La eficacia del artículo 80.2, párrafo segundo, no queda condicionada por la entrada en vigor del desarrollo reglamentario a que alude el artículo 80.2, párrafo tercero, de la LCSP pues, desde el 9 de marzo de 2018, es perfectamente operativa la prohibición de clasificaciones divergentes.

j) Inscripción registral

El artículo 337.1 dispone que el ROLECE 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.

El artículo 81 de la LCSP establece que los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas adoptados por las Comisiones Clasificadoras de la JCCPE se inscribirán de oficio en el ROLECE del Sector Público. Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas adoptados por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que hayan asumido dicha competencia serán inscritos de oficio en el ROLECE de la respectiva Comunidad Autónoma, si dispone de tal Registro, y comunicados por el órgano que los adoptó al ROLECE del Sector Público para su inscripción.

Por su parte, el 342 de la LCSP dispone que se practicarán de oficio las inscripciones a las que se refieren el artículo 338 y el artículo 341.1. 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 ROLECE 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 esta a la JCCPE, 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 ROLECE 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 ROLECE 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 ROLECE del Sector Público serán igualmente publicadas en los ROLECE de las Comunidades Autónomas, aplicándose a tal efecto lo dispuesto en el citado artículo 345.

Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas adoptados por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas serán inscritos de oficio en el ROLECE de la respectiva Comunidad Autónoma, si dispone de tal Registro, y comunicados por el órgano que los adoptó al ROLECE 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 este y otorgadas por la JCCPE. A tenor de lo dispuesto en el artículo 338.4, en estos ROLECE 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 esta 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. Las Comunidades Autónomas que opten por no llevar un ROLECE, 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 ROLECE 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 JCCPE.
- 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 ROLECE del Sector Público y los ROLECE de las Comunidades Autónomas ya que, 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 estas 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, todas las inscripciones practicadas en el ROLECE 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 que los ROLECE son públicos y que se podrá acceder a los mismos 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 asientos del ROLECE, 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.

Por último, el 342 de la LCSP dispone que, sin perjuicio de la práctica de oficio de las inscripciones obligatorias a las que se refieren el artículo 338 y el artículo 341.1, la inscripción en los ROLECE es voluntaria para los empresarios, que podrán determinar qué datos de entre los mencionados en el artículo 341 desean que se reflejen en ellos. La inscripción implicará el consentimiento del empresario para la difusión por medios electrónicos de sus datos inscritos, en los términos y con los límites y restricciones que legal o reglamentariamente se determinen. Los interesados podrán en todo momento solicitar la cancelación de las inscripciones a ellos referidas, salvo en los casos y circunstancias de inscripción obligatoria.

k) Actualización de la información registral

El artículo 343.1, párrafo primero, de la LCSP dispone que los empresarios inscritos en los ROLECE están obligados a poner en conocimiento de los mismos cualquier variación que se produzca en sus datos, así como la superveniencia de cualquier circunstancia que determine la concurrencia de una prohibición de



contratar «susceptible de inscripción en dichos registros», ya que, 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.

Así mismo matiza, en el artículo 343.1, párrafo segundo, que, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra e) del apartado 1 del artículo 71, la omisión de esta comunicación, mediando dolo, culpa o negligencia 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, 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 artículo 343.2 de la LCSP dispone que 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.

l) Interconexión con el registro electrónico de apoderamientos de la Administración General del Estado

El artículo 337.4 de la LCSP dispone que el ROLECE del Sector Público estará interconectado y será interoperable con el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado (430), 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.

(430) 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.



En caso de discrepancia entre los poderes inscritos, prevalecerá el inscrito en el ROLECE del Sector Público frente a los inscritos en cualquier otro registro de apoderamientos.

Respecto a la puesta en funcionamiento del Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General del Estado es preciso señalar que, aunque la misma estaba previsto para el 2 de octubre de 2018, es decir, a los 2 años de la fecha de entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [en lo sucesivo, LPACAP(431)], sin embargo, el Gobierno suspendió la misma hasta el 2 de octubre de 2020(432). El Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, aprobado por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, regula en su artículo 33 el Registro Electrónico de Apoderamientos de la Administración General de Estado y establece en su apartado 4 que, mediante orden conjunta del Ministerio de Hacienda y Función Pública y del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se regularán los requisitos y condiciones de funcionamiento. Finalmente, por Orden PCM/1384/2021, de 9 de diciembre, se reguló el Registro Electrónico de apoderamientos en el ámbito de la Administración General del Estado.

m) Prueba de la clasificación y de la aptitud para contratar a través de registros o listas oficiales de contratistas

En relación con la prueba de la clasificación en el ROLECE del Sector Público o en los ROLECE de las Comunidades Autónomas, una vez que se ha puesto de manifiesto con anterioridad el efecto curioso que se ha producido a consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 80.2, párrafo primero, de la LCSP, el artículo 96.1 y 2 de la LCSP disponen lo siguiente:

- La inscripción en el ROLECE del Sector Público acreditará frente a todos los órganos de contratación del Sector Público, a tenor de lo en él reflejado y salvo

(431) Disposición final séptima.

(432) El Gobierno por medio del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, suspendió su entrada en vigor hasta el 2 de octubre de 2020. Las razones para esta modificación se explicitan en el Exponendo V del mencionado Real Decreto-ley en el que, básicamente, se afirma que *la vacatio legis* plasmada en dicha disposición final séptima se ha revelado insuficiente en la práctica para contar de forma simultánea con las condiciones que son presupuesto necesario para el cumplimiento de los ambiciosos objetivos perseguidos...».

prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y técnica o profesional, clasificación y demás circunstancias inscritas, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo.

- La inscripción en el ROLECE de una Comunidad Autónoma acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con la misma, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del Sector Público dependientes de una y otras.

Por su parte, el artículo 96.3 dispone que la prueba del contenido de los ROLECE se efectuará mediante certificación del órgano encargado del mismo, que podrá expedirse por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. Los certificados 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 UE y referidos a empresarios establecidos en el Estado miembro que expide el certificado, el artículo 97.1 de la LCSP 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 tendrán, 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. Finalmente, el artículo 97.3 señala que los documentos a que se refiere el apartado 2 deberán indicar las referencias que hayan permitido la inscripción del empresario en la lista o la expedición de la certificación, así como la clasificación obtenida.

n) Plazo de vigencia

El artículo 82.1 y 4 de la LCSP señalan 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.



El artículo 82.2 de la LCSP(433) dispone lo siguiente:

- Con independencia de que la vigencia de la clasificación sea indefinida, pende sobre el empresario la obligación de justificación anual del mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada 3 años, de la solvencia técnica y profesional (434). Dicha justificación se realizará, prioritariamente, por medio de la correspondiente declaración responsable del empresario.
- Aclara que, la no aportación de la citada justificación 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 aun 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.

El artículo 82.3 de la LCSP finaliza señalando que la clasificación será revisable, a petición de los interesados o de oficio por la Administración, en cuanto varíen las circunstancias tomadas en consideración para concederla.

F. Prohibiciones para contratar

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 DEUC 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 habrán de estar inscritos en el correspondiente ROLECE o haber presentado la

(433) La STC de 18 de marzo de 2021 declaró que el apartado 2 es conforme con el orden constitucional de competencias, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 6 G) g).

(434) Respecto a la situación generada por el estado de alarma derivada de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, el Informe JCCPE número 18/2020, sobre la interpretación de cómo debe fijarse la fecha final del plazo de tres años al que se refiere el artículo 82.2 de la LCSP para que los licitadores acreditaran el mantenimiento de la solvencia técnica y profesional, se concluye que el plazo para la justificación del mantenimiento de dicha solvencia se ha suspendido por el periodo de tiempo en que ha producido efectos la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de modo que el citado plazo se reanuda, el 1 de junio de 2020, por el tiempo que restaba cuando se declaró el estado de alarma. En caso de que el plazo venciese con posterioridad al levantamiento de su suspensión se reanudará añadiéndole todo el periodo que haya durado la suspensión de plazos.

solicitud de inscripción con fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas, 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.

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

- Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, se trata de obligaciones legales razón por la cual escapan al principio de libertad contractual que se reconoce al órgano de contratación y que este puede materializar en los PCAPS (435).
- Las prohibiciones para contratar son absolutas y no admiten excepciones, por lo que deberá hacerse siempre una interpretación restrictiva de las mismas (436). Quienes incurran en ellas no pueden contratar con el Sector Público en ningún caso, sea cuál sea el contrato y su naturaleza (437).
- La prohibición para contratar no es una sanción administrativa (438), si bien al ser un acto limitativo de derechos deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador (439), tales como la motivación y la proporcionalidad (440).

(435) Resolución del OARC número 49/2012.

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

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

(438) 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.

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

(440) Memoria del Consejo de Estado del ejercicio 2018, IX. «Las prohibiciones de contratar que requieren su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE), y otros aspectos de este registro», señala que la STS de 30 de enero de 2007 abunda en la idea de que las prohibiciones de contratar, que se imponen por la normativa de los contratos públicos a determinados sujetos, no tienen naturaleza sancionadora (y en cuya imposición no deben observarse por tanto los requisitos del procedimiento sancionador), sino que por el contrario se asientan en una noción de «honorabilidad» que es exigible a quienes pretenden contratar con los poderes públicos, pues los contratistas han de reunir no solo condiciones de índole económica o técnica [...], sino también moral, al no incurrir en ninguna de las prohibiciones de contratar consideradas en la norma.

- El momento en que debe comprobarse la ausencia de concurrencia de prohibición para contratar, a tenor del artículo 140.4 de la LCSP, 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 presencia de alguna de ellas.

Se han planteado dudas sobre los posibles efectos retroactivos de la declaración de una prohibición de contratar sobre contratos ya adjudicados y formalizados y, en particular, sobre su posible nulidad (441). En relación con este asunto, hay que señalar que los efectos de la declaración de una prohibición de contratar son que el empresario no puede resultar adjudicatario de nuevos contratos, al carecer de aptitud para contratar (442). Si la prohibición de contratar se produce con posterioridad a la adjudicación no puede operar como causa de nulidad del mismo, pues la invalidez del contrato es consecuencia de los vicios concurrentes al tiempo de su adjudicación.

- 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 (443).
- Como principio general (444), las prohibiciones para 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 aquellas.

b) Prohibiciones que afectan a los contratos que celebren las entidades del Sector Público

El artículo 71.1 de la LCSP dispone que no podrán contratar con las entidades del Sector Público incluidas, a los efectos de esta Ley, en el artículo 3 con los

(441) Informe JCCPE número 22/2016, de 10 de octubre.

(442) Memoria del Consejo de Estado del ejercicio 2018, IX. «Las prohibiciones de contratar que requieren su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE), y otros aspectos de este registro», señala que, desde un punto de vista procedimental, es claro que las prohibiciones de contratar resultan eficaces únicamente hacia el futuro, pero no pueden operar como causa de resolución de un contrato ya adjudicado (Informe de la JCCA 6/1999, de 17 de marzo, «Posible instrucción de expediente de prohibición de contratar por condena por sentencia firme por delito de falsedad»).

(443) Artículo 72.5, párrafo primero, de la LCSP.

(444) 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.



efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

– Condena penal mediante sentencia firme:

Haber sido condenadas 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 (445), delitos contra la Hacienda Pública y la

(445) Sobre el alcance del término «fraude» que se contiene en el DEUC, el Informe JCCPE número 25/2020 señala lo siguiente:

– El artículo 57.1 c) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, establece como causa obligatoria de exclusión de un licitador el fraude, concepto que, por expresa remisión del precepto, ha de ser entendido «en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas». Esta norma es congruente con la intención expresada por el legislador comunitario en el Considerando 100 de la propia Directiva, cuando señala que «no deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión».

Pues bien, en el apartado A de la Parte III del modelo de DEUC se pregunta al operador económico si él mismo o alguno de los miembros de su órgano de administración, dirección o control han sido condenados en sentencia firme por fraude en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, establecido sobre la base del artículo K.3 del TUE (Diario Oficial núm. C-316, de 27 de noviembre de 1995 p. 0049-0057). Por tanto, la congruencia del modelo con la Directiva debe considerarse plena. Del artículo 1 del citado Convenio, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Las conductas típicas que motivan la existencia del fraude son tres, la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos; el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información; y el desvío de fondos. La primera de ellas incluye la falsedad en las declaraciones o la falsedad de documentos autónomos.
2. Cada Estado miembro deberá adoptar las medidas necesarias y adecuadas para trasladar al Derecho penal interno los comportamientos que se acaban de citar, cosa que se produjo a través de la tipificación en el Código Penal de los delitos reseñados en los artículos 305.3, 306 y 308 en el que se castiga al que cometa estas conductas típicas.
3. Específicamente, la elaboración o el suministro intencionado de declaraciones y de documentos falsos, inexactos o incompletos, han de suponer también en la legislación interna de los Estados miembros una infracción penal, salvo que ya sean punibles como infracción principal, o por complicidad, inducción o tentativa de fraude.

Por tanto, la referencia que se realiza en el artículo 71.1.a) de la LCSP a la expresión «fraudes» que, como es patente, no presenta una mayor concreción, debe entenderse como una transposición directa de las normas de las Directivas que aluden al fraude contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas.



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.

Respecto de la aplicación de estos delitos, 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, en su caso, a la formalización del contrato (446). En relación con 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.
- 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 aportación 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.

La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores (447) o repre-

(446) Resolución del TACRC número 46/2013, de 30 de enero.

(447) Informe JCCPE número 22/2016, de 10 de octubre, en el que señala que, a tenor del artículo 71.1.a), párrafo segundo, de la LCSP, la prohibición para contratar declarada a un administrador único afecta a la empresa adjudicataria de un contrato cuando esta prohibición

sentantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese (448). En tal caso, la vigencia del cargo o representación ha de referirse al momento de la actuación penada, de modo que actuará como presupuesto para la atribución de la correspondiente responsabilidad, y no al momento de la condena (449) 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 (450). Una interpretación distinta haría de peor condición a los contratistas individuales frente a las personas jurídicas que siempre podrían, para eludir su responsabilidad, propiciar el cese de sus administradores o representantes una vez conocido el proceso penal (451).

derive de la comisión por este de un delito contra la Hacienda Pública actuando como administrador único de una empresa diferente a la adjudicataria del contrato.

(448) Informe JCCPE número 26/2019 en el que señala sobre la prohibición para contratar por condena de malversación y prevaricación del administrador de sociedad mercantil (artículo 71.1.a) de la LCSP), «vigente su cargo o representación y hasta su cese», es preciso distinguir estas situaciones:

1. Si el tribunal efectuó o no una condena expresa en este sentido, pues de no ser así la causa de prohibición no puede ser apreciada directamente por el órgano de contratación, debiendo instruirse el procedimiento a que se refiere el artículo 72.3 LCSP (resolución expresa del Ministro de Hacienda y Función Pública a propuesta de la JCCPE, y posterior inscripción en el ROLEC, sin perjuicio de que se pueda adoptar medidas cautelares, artículo 73.3).

2. Para que a la persona jurídica le afectare la causa de prohibición, sería preciso que los administradores condenados siguieran en el ejercicio de sus facultades en el momento de presentar su proposición en un procedimiento de licitación, o que la condena penal contaminara a la persona jurídica, aunque haya cesado en el cargo antes de concurrir a la licitación.

Pues bien, a la vista de ello, se plantea como actuar cuando una persona jurídica, que no había sido condenada penalmente sino solo como responsable civil en calidad de partícipe a título lucrativo, acude a un procedimiento de contratación. En estos casos, la JCCPE entiende que cuando la Ley utiliza la expresión «vigente su cargo o representación y hasta su cese» debe referirse necesariamente a la duración de la prohibición de modo que la conducta malintencionada y dolosa de un administrador de una sociedad mercantil, que posteriormente es expulsado o cesado en sus atribuciones por los órganos rectores de aquella, no vicie de modo definitivo y sin posibilidad de remisión la conducta de la sociedad, que quedaría afectada por una prohibición de contratar perpetua. En definitiva, la prohibición de contratar alcanzará únicamente a las entidades licitadoras solo durante el tiempo en que mantenga como administrador o representante, de hecho o de derecho, a quien haya sido condenado por sentencia firme por alguno de los delitos que se consignan en el artículo 71.1.a) de la LCSP.

(449) SSTS de 11 de noviembre de 2003, de 4 de octubre de 2005, y de 4 de julio de 2006, y SAN de 15 de abril de 2013.

(450) STS de 4 de octubre de 2005.

(451) SAN de 11 de noviembre de 2003.



– Condena por resolución administrativa firme:

Haber sido sancionadas 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 (452).

Respecto de la firmeza de la resolución, a juicio de los autores de esta obra, deberá haberse producido en vía administrativa, por falta de impugnación en vía contencioso-administrativa, o, de haberse acudido a dicha vía, habría que esperar a que la sanción hubiese sido confirmada por los tribunales (453).

– Situación de insolvencia:

Haber 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 (454).

(452) 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.

(453) Acuerdo de la JCCA, de 18 de abril de 2002. Informe JCCPE número 15/2018, de 10 de octubre, señala, sin embargo, que, ante la falta de concreción en la LCSP sobre si la firmeza de las resoluciones administrativas que dan causa a una prohibición de contratar lo ha de ser en vía administrativa o jurisdiccional, entiende que debe ser en vía administrativa en virtud de los siguientes argumentos:

1. El contenido de la STS 8644/2006, de 13 de diciembre, Sala de lo Contencioso Administrativo, en el que se analiza esta misma cuestión y se decide a favor de la firmeza en vía administrativa.

2. El principio de ejecutividad de los actos administrativos, recogido en el artículo 38 de la LPACAP, que, de por sí, ya señala la eficacia plena de los actos administrativos desde el momento en que se dictan (SSTS 1182/2018 de 10 julio, con cita de las de 25 de septiembre de 2002 y de 3 de mayo de 2004).

(454) Sobre este particular véase la STJUE de 28 de marzo de 2019 en la que analiza la interpretación del artículo 45.2, párrafo primero, letra b), de la Directiva 2004/18/CE, que ha sido sustituido por el artículo 57.4, b) de la Directiva 2014/24/UE, en relación con una UTE que habiendo resultado adjudicataria provisional fue excluida porque presentó propuesta anticipada de convenio dejando para un momento posterior la del plan de continuación de la actividad empresarial. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en relación con los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, su artículo 45.2, deja la aplicación de los siete casos de exclusión que menciona –que se refieren a la honestidad



Aunque la letra c) del artículo 71.1 de la LCSP exceptúa de la apreciación de esta causa a la situación concursal en la que ha adquirido eficacia un convenio y también cuando se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, sin embargo, respecto a dicha prohibición la máxima reserva por parte de los autores de esta obra en el fondo (455) y en la forma de su aplicación por los

profesional, la solvencia o la fiabilidad de los candidatos a un contrato– a la apreciación de los Estados miembros, como atestigua la expresión «podrá ser excluido de la participación en el contrato [...]», que figura al inicio de dicha disposición (STJUE de 14 de diciembre de 2016, *Connexion Taxi Services*, Asunto C-171/15).

De este modo, a tenor del artículo 45.2, párrafo segundo, de dicha Directiva, los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho de la UE, las condiciones de aplicación de este apartado. De ello resulta que los conceptos que figuran en el mencionado artículo 45.2, párrafo primero, entre los que se encuentra la expresión «ser objeto de un procedimiento de concurso de acreedores», pueden precisarse y especificarse en el Derecho nacional, siempre que se respete el Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la STJUE de 4 de mayo de 2017, *Esaprojekt*, Asunto C-387/14).

De lo señalado se deduce que «un operador económico que haya presentado una solicitud de admisión de una propuesta anticipada de convenio que incluya un plan de continuación de actividad puede participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en las condiciones establecidas por el Derecho nacional». Ahora bien «de ello resulta que la legislación italiana establece una diferencia de trato entre los operadores económicos que hayan presentado un solicitud de admisión de una propuesta anticipada de convenio, en relación con su capacidad para participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos, en función de que tales operadores económicos hayan incluido o no en su propuesta un proyecto de continuación de actividad», y ello, precisamente por lo señalado, no es contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pues, como puso de manifiesto en la STJUE de 14 de diciembre de 2016, «el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18 no persigue una aplicación uniforme de las causas de exclusión que en ella se mencionan a escala de la Unión, en la medida en que los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión o bien integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional. A este respecto, los Estados miembros pueden moderar o hacer más flexibles los requisitos establecidos en dicha disposición».

«Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 45, apartado 2, párrafo primero, letra b), de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del litigio principal, que permite excluir de un procedimiento de adjudicación de un contrato público a un operador económico que en la fecha de la decisión de exclusión haya presentado una solicitud a efectos de la admisión de una propuesta anticipada de convenio, reservándose la posibilidad de presentar un plan de continuación de la actividad económica».

(455) Como cuestión de fondo para la reflexión, resulta interesante preguntarse si resulta adecuado proceder, sin más, a declarar la prohibición, como ahora sucede con esta redacción, cuando el deudor presenta voluntariamente la declaración del concurso y sucede lo siguiente:

- 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,



quebraderos de cabeza que suele dar a las mesas o a los órganos de contratación a la hora de analizar los requisitos de capacidad de los licitadores o candidatos y a los momentos procesales, absolutamente distintos y distantes, a que se refiere dentro del procedimiento concursal.

– Incumplimiento de determinadas obligaciones del empresario:

No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen, considerándose que las empresas se encuentran al corriente cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas, o, en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento 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.

La acreditación del cumplimiento, en un primer momento, de la cuota de reserva y de la obligación de contar con un plan de igualdad se hará mediante el DEUC, aunque se habilita al Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, para que pueda hacerse mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de 6 meses, o bien mediante certificación del correspondiente ROLECE, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

En relación con la extensión de esta prohibición para contratar (456), es preciso realizar las siguientes consideraciones:

- El cumplimiento de lo previsto en el artículo 42 del citado Real Decreto Legislativo 1/2013 exige, a tenor de lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, que el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos se efectúe «Dentro del primer trimestre de cada año, con conocimiento de los representantes

– 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.

No parece lógico, a juicio de los autores de esta obra, considerar al concurso voluntario de manera tan punitiva.

(456) Informe JCCPE número 109/2018.



del personal, las Empresas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de 50 deberán enviar a la Oficina de Empleo del INEM de la provincia en que tengan su sede social, así como a las de las provincias donde tengan Centros de trabajo, relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores minusválidos y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos».

Su incumplimiento supone un supuesto de infracción grave previsto en el artículo 15 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. La declaración de esta prohibición se atribuye al órgano de contratación.

- No obstante, ni el citado Real Decreto Legislativo 1/2013 ni la LCSP regulan con precisión la forma de realizar el cálculo del porcentaje del 2 por ciento a los efectos de la acreditación del cumplimiento del requisito legal, con el fin de hacer constar si existe una prohibición de contratar o para acreditar el cumplimiento de una condición de selección del contratista o una condición especial de ejecución del contrato.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a los efectos del ejercicio uniforme de sus competencias, dictó el Criterio Técnico 98/2016 sobre actuaciones en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad. En este Criterio Técnico se establece que «debe realizarse una interpretación finalista de la norma y el redondeo debe ser a la baja, no existiendo obligación de contratar a uno más hasta alcanzar el siguiente número entero» (457). De esta forma, se consagra como principio general que orienta el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el de unidad de criterio técnico interpretativo. En desarrollo de esta previsión el artículo 20.2 del Criterio Técnico citado establece que «Se garantiza la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante una aplicación homogénea de la normativa del orden social. A tal fin se establecerán las oportunas instrucciones de organización de los servicios, criterios operativos generales y criterios técnicos vinculantes, que serán objeto de publica-

(457) Consultas de la Dirección General de Trabajo de 24 de abril de 2001, de 7 de febrero de 2002, de 1 de julio de 2009, de 30 de septiembre y de 15 de octubre de 2014, en virtud de las cuales se deduce lo siguiente:

- Empresas de menos de 50 trabajadores, 0 trabajadores de cuota;
- de 50 a 99, 1 trabajador;
- de 100 a 149, dos, y así, sucesivamente de 50 en 50, de manera que hasta que no se completan otros 50 trabajadores no surge la obligación de contratar a uno más.



no competente, en materia de clasificación (artículo 82.4 de la LCSP) o relativa a los ROLECE (artículo 343.1 de la LCSP), cualquier variación que se produzca en sus datos o, en este último caso, la superveniencia de cualquier circunstancia que determine la concurrencia de una prohibición de contratar susceptible de inscripción en dichos registros.

En el caso en el que un determinado licitador, que hubiera concurrido con el compromiso de formar una UTE, hubiese sido declarado culpable de falsedad al proporcionar la información exigida para verificar que la misma no incurre en ningún motivo de exclusión o que cumple los criterios de selección, sin que sus socios tuvieran conocimiento de esa falsedad, no puede dictarse, por ser contrario al artículo 63.1, párrafo segundo, en relación con el artículo 57.4 y 6, de la Directiva 2014/24/UE, una medida de exclusión que afectara a la totalidad de los miembros de dicha UTE (461).

– Declarada en una sanción administrativa firme:

Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme en materia fiscal o de subvenciones.

La presente causa de prohibición de contratar dejará de aplicarse cuando el órgano de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 72.1 de la LCSP, 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.

– Incompatibilidades:

Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos del artículo 11 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o de las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de las normas incluidas en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (462), o, si se trata de cargos electivos, de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, cuando se produzcan las condiciones establecidas en la misma (463).

(461) STJUE de 7 de septiembre de 2021.

(462) Particularmente, por lo dispuesto en el artículo 12.1 c) que dispone que, en todo caso, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer «El desempeño, por si o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas».

(463) Informe JCCPE número 16/2019.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas cuando su administrador o administradores o cuando en su capital social participen altos cargos, personal y cargos electos que se encuentren incluidos en alguno de los supuestos de incompatibilidad como personas físicas, o cuando dicha participación supere los términos y cuantías establecidos en las normas legales aplicables (464).

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas, los altos cargos, y los cargos electos, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero (465).

No obstante, no cabe extender esta condición a cualquier persona que preste sus servicios en el órgano de contratación sino solo a quienes participen en el proceso de selección del contratista de modo que puedan tener influencia en la decisión

(464) Informe JCCPE número 16/2019.

(465) Véanse por su interés los siguientes informes:

- 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 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, 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 incurso 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.
- 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 están contemplados en la redacción del precepto).
- 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.
- Informe JCCA 76/2009, de 23 de julio de 2010, en el que se entiende que las causas de incompatibilidad de los miembros de la Corporación municipal resultan también de aplicación en el caso de la competencia y los recursos gestionados por una Mancomunidad.

que se adopte (466). Por tanto, la prohibición no puede extenderse a los familiares de cualquier empleado, sino solo a aquellos que tengan una influencia relevante en la adjudicación.

Ello requerirá, para analizar si existe o no un conflicto de intereses, un estudio caso a caso para determinar si existe un impedimento insalvable para la objetividad del órgano de contratación (467).

El artículo 64.2 de la LCSP indica lo siguiente (468):

«A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación».

– Vulneración del período de cadencia:

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 esa persona en la organización de la empresa pero con el límite máximo de 2 años a contar desde el cese como alto cargo.

c) Prohibiciones que afectan a un Poder Adjudicador Administración Pública

El artículo 71.2 de la LCSP se refiere, además de las causas de prohibición para contratar aplicables a todas las entidades del Sector Público del artículo 3, a un

(466) Informe JCCPE número 11/2018.

(467) Informe JCCPE número 31/2015.

(468) A estos efectos cabe destacar la existencia de recomendaciones no vinculantes en el ámbito europeo que proporcionan directrices a seguir en orden a la prevención, detección y gestión de los conflictos de intereses, como son las publicadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) en su documento «Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de Contratación Pública en el marco de las acciones estructurales. Guía práctica para los responsables de gestión».

conjunto de ellas que son predicables de un Poder Adjudicador Administración Pública porque contemplan diversos aspectos que aparecen incluidos en el Libro Segundo de la LCSP «De los contratos de las Administraciones Públicas»:

– Retirada/no cumplimentación dolosa o culposa de determinada documentación:

Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el artículo 150.2 dentro del plazo de 10 días hábiles mediando dolo, culpa o negligencia.

– No formalización dolosa o culposa:

No haber formalizado el contrato en los plazos previstos en el artículo 153 por causa imputable al adjudicatario.

– Incumplimiento doloso o culposo de condiciones esenciales del contrato:

Se incluyen las condiciones especiales de ejecución del artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los PCAPS o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el contratista, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

– Resolución contractual firme y culpable:

Haber dado lugar, por causa de la que hubiese sido declarado culpable el contratista, a la resolución firme del contrato. La prohibición alcanzará al contrato que hubiere quedado resuelto por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones que los PCAPS hubieren calificados como esenciales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 211.1.f) de la LCSP.

En relación con esta causa de prohibición para contratar, es preciso señalar lo siguiente:

- Aunque la LCSP no determina si la firmeza de las resoluciones administrativas que dan lugar a la existencia de una prohibición de contratar debe ser en vía administrativa o jurisdiccional, se ha de considerar que basta que la misma se haya producido en vía administrativa (469).

No obstante, la firmeza de la resolución administrativa no bastará por sí misma, a juicio de los autores de esta obra, para que se pueda acordar automáticamente la exclusión del licitador. En esta prohibición, será necesaria la

(469) STS de 13 de diciembre de 2006, Informe de la JCCPE número 15/2018, de 10 de octubre, y Resolución del TACRC número 116/2022, 27 de enero.

previa instrucción de un procedimiento que declare la prohibición, fijando su alcance y duración, siendo la competencia, en ambos casos, para la declaración de la prohibición de contratar del órgano de contratación, conforme al artículo 72.3, último párrafo, de la LCSP, siendo un elemento esencial, a tenor del artículo 19.3 del RGTRLCAP, el trámite de audiencia del interesado, como exigencia que viene determinada por el artículo 105.c) de nuestra Constitución, siendo el modo en que se hace efectivo en dicho procedimiento, que es restrictivo de derechos, el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 del texto constitucional.

Es preciso, por tanto, que exista un acto administrativo que así declare la prohibición para contratar, y que se haya inscrito, a tenor del artículo 72.3, párrafo segundo, de la LCSP, en el ROLECE o equivalente de la Comunidad Autónoma (470).

- La declaración de prohibición de contratar sobrevenida, es decir, la producida cuando el contrato hubiese sido ya adjudicado/formalizado, solo podrá ser causa de resolución del contrato en el caso de que así se hubiese establecido expresamente en los documentos contractuales (471).
- Una vez que no es ya posible establecer causas genéricas de resolución contractual en los PCAPS porque la LCSP no lo permite, el incumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los contratistas no puede ser causa de resolución del contrato público (472), sino un supuesto de prohibición de contratar para ulteriores contratos porque dicho incumplimiento, desde el punto de vista técnico jurídico, es un supuesto de prohibición de contratar, es decir, un caso de falta de aptitud para contratar con las entidades del Sector Público, que se ha de acreditar durante la fase de selección del contratista (473) y cuya omisión constituye en este momento un impedimento obstativo para contratar, pero cuyos efectos no se proyectan sobre un contrato que se encuentre ya en la fase de ejecución (474), y porque, además, el cumplimiento de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social no es una obligación que derive del contrato mismo, sino de las normas que regulan la actividad propia de la

(470) STS de 14 de septiembre de 2021 que, en relación con esta cuestión, ha establecido que «Los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro».

(471) STS de 4 de octubre de 2005.

(472) Informe JCCPE número 12/2021.

(473) STS de 28 de septiembre 2020.

(474) Informes JCCPE, por todos, el número 45/2013, de 26 de febrero.

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 ciento 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.d) de la LCSP].

– Declarada en una sanción administrativa firme:

Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme en materia fiscal o de subvenciones [artículo 71.1.f) de la LCSP].

– Incompatibilidades:

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.g) de la LCSP].

– Vulneración del período de cadencia:

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

sión autorizada por 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 Economía Social. 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.

La Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (480) dispone en el artículo 109.5 que la imposición de una sanción con carácter firme por la comisión de infracción muy grave, en los términos previstos en el artículo 108.2, conllevará la prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1.b) de la LCSP o norma que, en su caso, la sustituya, así como la retirada del título de operador, transportista, agente o gestor de residuos con el que se haya cometido la infracción.

En relación con este sistema mixto, cuando la resolución administrativa firme no contiene un pronunciamiento expreso sobre el alcance y la duración de la medida, motivo por el cual se hace precisa la tramitación del ulterior procedimiento administrativo, se ha planteado si la prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora es una medida inmediatamente ejecutiva o, por el contrario, su ejecutividad depende de la tramitación del citado procedimiento ulterior. La postura ha de ser lógicamente esta última por las siguientes consideraciones (481):

- Porque el artículo 71 de la LCSP dispone que «No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias siguientes», enumerando los supuestos a que se acaba de hacer referencia y que se recogen en el artículo 71.1.b). En estos casos, la prohibición de contratar se supedita al cumplimiento de ciertos presupuestos, entre ellos a la existencia de una sanción administrativa firme, por lo que la prohibición aparece vinculada a la sanción impuesta, de modo que anulada la sanción desaparece el presupuesto que la sustenta.
- Porque de lo dispuesto en el artículo 72.2 de la LCSP se desprende que, si bien la procedencia de imponer la prohibición de contratar se debe contener en la resolución sancionadora, el alcance y duración de dicha prohibición puede concretarse, como ya se ha señalado en este sistema mixto, de dos formas distintas, bien en la propia resolución sancionadora, bien, si la resolución sancionadora no contiene un pronunciamiento sobre extremo, «mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo». Este procedimiento (artículo 72.3 de la LCSP) «corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada». Por ello, el órgano administrativo que ha impuesto la sanción a

(480) BOE número 85, de 9 de abril, con entrada en vigor el 10 de abril de 2022, salvo en lo previsto en el Título VII sobre Medidas fiscales para incentivar la economía circular, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

(481) SSTS de 14 de septiembre y de 1 de diciembre de 2021, y de 23 de marzo de 2022.

la que anuda la prohibición de contratar remitirá de oficio testimonio a los citados órganos.

Por tanto, el diferente momento, en el que se especifica el alcance y duración de la prohibición de contratar, tiene una importancia decisiva para determinar el comienzo de los efectos de dicha limitación y, consecuentemente, para apreciar su ejecutividad.

Ha de partirse de que la prohibición de contratar no es ejecutiva hasta tanto se determine su alcance y duración. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 73.3 de la LCSP, en el que se establecen los efectos de la declaración de prohibición, que dispone que «Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición. En el resto de los supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente».

La interpretación literal de este precepto permite concluir que solo cuando la resolución administrativa o judicial fija el alcance y duración de la prohibición esta produce efectos. Es más, en el caso en que dicho alcance se fije en una resolución administrativa autónoma posterior habrá de inscribirse en el correspondiente ROLECE.

Esta interpretación es conforme, por otro lado, con la propia naturaleza y límites de toda medida restrictiva de derechos, por cuanto la determinación del alcance y duración de una prohibición es esencial para conocer los contornos de la restricción impuesta. La prohibiciones de contratar, como toda limitación, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, sería contrario a los más elementales principios que rigen las medidas sancionadoras o restrictivas, entre ellos el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta donde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda.

Si se mantuviese que una prohibición de contratar era ejecutiva antes de delimitarse su alcance y duración, ello implicaría que pudiera aplicarse de forma indefinida y para todos los sectores, contraviniendo las propias previsiones legales, pues el artículo 72.6 de la LCSP establece como límite temporal un máximo 3 años de duración, y los principios inspiradores del derecho sancionador.

Esta conclusión también aparece avalada por una interpretación sistemática y contextual de los preceptos de la LCSP que regulan esta materia. Así el artículo 72.7 de la LCSP establece que cuando sea necesario un procedimiento destinado a fijar el alcance y duración de la prohibición de contratar, dicho procedimiento no podrá ini-

ciarse si hubiesen transcurrido más de 3 años contados desde «la firmeza de la resolución sancionadora». De modo que superado este plazo ya no es posible establecer el alcance y duración de la prohibición y, consecuentemente no podrán inscribirse en el registro y producir efectos. Esta previsión sería inoperante si la limitación fuese ejecutiva desde que se dicta la resolución sancionadora, aunque no se fijase el alcance y duración de la prohibición. Es más, se podría producir la paradoja de que la duración y amplitud de la prohibición superase la que finalmente se imponga por la posterior resolución del Ministro de Hacienda y Función Pública.

En definitiva, la prohibición de contratar es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias. La limitación solo es ejecutiva desde el momento en el que se concretan el alcance y duración de la prohibición bien en la propia resolución sancionadora bien en un procedimiento autónomo y tras su inscripción en el correspondiente ROLECE.

De lo señalado se deduce una derivada más, pues si para que la resolución administrativa firme sea ejecutiva es preciso fijar su alcance y duración, cuando estos extremos no deriven directamente de la misma, ello justifica que pueda ser cautelarmente suspendida la remisión a dicho órgano en vía judicial. En este sentido, carecería de sentido que se suspenda cautelarmente la sanción administrativa principal y que, sin embargo, continuase el procedimiento destinado a fijar el alcance y duración de la prohibición de contratar, vinculada a la sanción impuesta y consecuencia de la misma, para conseguir que dicha prohibición sea ejecutiva. Podría darse el supuesto en el que se suspenda o incluso se anule la sanción impuesta y, sin embargo, tras la tramitación correspondiente, la prohibición de contratar produzca efectos desvinculada de la sanción principal.

3. Sistema previo

Se aplica este sistema cuando, en relación con las siguientes causas, es preciso instruir el procedimiento previsto en el artículo 72 de la LCSP (482):

– Falsedad documental en cualquier contrato público:

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 71.1.e) de la LCSP].

– Las prohibiciones que afectan a un Poder Adjudicador Administración Pública, recogidas en el artículo 71.2 de la LCSP.

(482) En relación con el artículo 19 del RGTRLCAP.

e) *No declaración de prohibición y revisión de la declarada*

1. No declaración de la prohibición

El artículo 72.5, párrafo segundo, de la LCSP dispone que procederá la no declaración de la prohibición para contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente salvo que la causa derive de una condena penal fijada en sentencia firme del artículo 71.1.a) de la LCSP, las personas incursoas 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.

En relación con dicho asunto, se ha planteado si, al amparo de los artículos 71.1.d) y 72.1 LCSP, el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o a la fecha de la adjudicación y, en concreto, si la exclusión de un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación por causa de deudas tributarias queda enervada si paga las mismas antes de la adjudicación. En relación con este asunto, a la vista de los principios del derecho de la UE y para no hacer de mejor condición a los licitadores deudores, cabe señalar que no será posible acceder a la citada enervación porque las prohibiciones de contratar restringen la posibilidad de participar en procedimientos de licitación, teniendo su amparo tanto en la normativa de la UE como en la legislación interna de contratos públicos, y, por ello, constituyen condiciones de aptitud que deben cumplirse al tiempo de presentar la solicitud para participar en la licitación o presentar la proposición y mantenerse hasta la formalización del contrato (483).

De un modo muy claro, a juicio de los autores de esta obra, el Considerando 100 de la Directiva 2014/24/UE señala que no deben adjudicarse contratos a operadores económicos que incurran en determinadas circunstancias, salvo que los Estados miembros establezcan excepciones a dichas exclusiones obligatorias en circunstancias excepcionales, cuando necesidades imperativas de interés general hagan indispensable la adjudicación de un contrato (por ejemplo, cuando vacunas o equipos de emergencia que se requieran urgentemente solo puedan adquirirse a un operador económico al que se aplique alguna de las razones obligatorias de exclusión).

(483) STS de 28 de septiembre de 2020.



El artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE abandona el «podrá ser excluido» de la participación en un contrato el prestador de servicios que no haya cumplido sus obligaciones en lo referente al pago de la cotización a la Seguridad Social o las obligaciones fiscales, del artículo 45.2 de la Directiva 2004/18/CE, para apostar por un imperativo «quedará excluido».

De lo anterior cabe concluir que para cumplir las obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos y de las cotizaciones a la seguridad social que adeude, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas, ha de llevarse a cabo antes del vencimiento del plazo fijado para solicitar la participación o, en el caso de los procedimientos abiertos, del plazo fijado para presentar su oferta.

2. Revisión de la prohibición para contratar ya declarada

El artículo 72.5, párrafo tercero, de la LCSP dispone que la prohibición de contratar podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el artículo 72.5, párrafo tercero.

Para ello, en el trámite inexcusable de audiencia del procedimiento, la persona declarada responsable deberá acreditar el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal que sean apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas (484). La primera condición se acreditará mediante la aportación de justificación documental apropiada, de la que se deduzca que la entidad ha realizado el pago de modo efectivo o que se ha producido un compromiso de pago eficaz conforme a las normas aplicables, mientras que para la segunda condición el artículo 72.5 de la LCSP exige la concurrencia de un triple requisito: Primero, de idoneidad, como requisito previo e inexcusable a los otros dos, consistente en que debe existir una relación directa y patente entre la conducta sancionada y la finalidad de las medidas que se hayan adoptado; Segundo, de temporalidad, por virtud de la cual las medidas adoptadas deben ser posteriores a la comisión de la infracción sancionada y debe existir la definición de un marco temporal de aplicación de cada una de las medidas; y tercero, de aplicabilidad, que consistirá en acreditar la aplicación efectiva de las medidas, sin que sea suficiente con una mera y simple afirma-

(484) Necesidad de acreditación (contenido técnico jurídico que se identifica con la prueba de tales circunstancias) de las condiciones cumulativas: En este sentido se pronuncia el Considerando 102 de la citada Directiva 2014/24/UE cuando alude a la necesidad de «prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas» y a que las citadas «medidas ofrezcan garantías suficientes». Del mismo modo se alude a ello en el Preámbulo de la LCSP cuando indica que «determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en esta Ley».

ción de haberse hecho así o de pretender en el futuro adoptarlas, sin acompañar soporte documental alguno o la cita de medidas o comportamientos esperables que implican el necesario cumplimiento de la legalidad vigente.

A tenor del artículo 72.5 in fine de la LCSP, para la revisión de la prohibición de contratar ya impuesta será competente, para valorar las condiciones y requisitos cumulativos citados, el mismo órgano que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

Respecto de esta cuestión, es muy interesante advertir que este sistema de *self cleaning*, que prevé que todo operador económico pueda presentar pruebas de las medidas correctoras adoptadas, sin embargo, tiene como excepción que, si ha sido excluido de participar en procedimientos de contratación o adjudicación por sentencia firme, no tendrá derecho a hacer uso de la facultad señalada durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en los Estados miembros en que la sentencia es efectiva (485).

Por último, es preciso señalar que el inicio de los efectos de la declaración de prohibición de contratar y, por la misma razón de seguridad jurídica de la revisión, se producirá desde que se haga constar en el ROLECE (486).

(485) STJUE de 11 de junio de 2020 en la que resuelve una cuestión prejudicial sobre si resulta contrario al derecho comunitario, concretamente a la Directiva 2014/23/UE, una norma nacional que no permite a los operadores económicos excluidos de pleno Derecho de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos de concesión a raíz de una condena firme por una de las infracciones graves la posibilidad de presentar pruebas de que han adoptado medidas correctoras que permiten demostrar que han recuperado la fiabilidad a pesar de la existencia de dicha condena. En relación con dicha cuestión, señala:

1. Regla general:

La Directiva 2014/23, al igual que prevé la Directiva 2014/24/UE, introduce un mecanismo de medidas correctoras (*self cleaning*), al prever que todo operador económico pueda presentar pruebas de las medidas correctoras adoptadas. Dicha disposición confiere a los operadores económicos un derecho que los Estados miembros deben garantizar al transponer la Directiva, cumpliendo las exigencias establecidas por esta.

2. Excepción:

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de participar en procedimientos de contratación o adjudicación de concesión no tendrán derecho a hacer uso de la facultad señalada durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en los Estados miembros en que la sentencia es efectiva.

(486) Recomendación de 10 de junio de 2021 de la JCCPE, sobre la aplicación del artículo 72.5 de 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.



f) *Caso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*

Junto con esta previsión que realiza el citado artículo 72.5 de la LCSP, es preciso tener en cuenta lo previsto en el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, que entró en vigor el 29 de abril de 2021. A tenor del mismo, se establece lo siguiente:

- El artículo primero, trece, sobre modificación del artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en virtud del cual, cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia exima a una empresa o a una persona física del pago de la multa por concurrir los requisitos indicados al efecto (sea la primera en aportar elementos de prueba que permitan ordenar el desarrollo de una inspección o comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, con las condiciones a las que se refiere el apartado 2), en el apartado 4, prevé que dicha exención «comprenderá también la de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público».
- Idéntico efecto podrá producirse cuando, a tenor del artículo 66 de la mencionada Ley 15/2007, se reduzca el importe de la multa prevista y se pueda «comprender la exclusión de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público».

g) *Plazos de prescripción*

1. *Contratos públicos*

El artículo 72.7 de la LCSP recoge los siguientes supuestos:

- Condena penal mediante sentencia firme del artículo 71.1.a) de la LCSP:
El procedimiento, de ser necesario, no podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo previsto para la prescripción de la correspondiente pena.
- Condena por resolución administrativa firme del artículo 71.1.b) de la LCSP:
El procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de 3 años contados a partir de la firmeza de la resolución sancionadora.

- Falsedad documental del artículo 71.1.e) de la LCSP:

El procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de 3 años contados a partir de la fecha en que se hubieran facilitado los datos falsos o desde aquella en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información.

2. Contratos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública

El artículo 72.7 de la LCSP recoge los siguientes supuestos:

- Retirada/no cumplimentación dolosa o culposa de determinada documentación del artículo 71.2.a) de la LCSP:

El procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de 3 años contados desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación del contrato, si la causa es la retirada indebida de proposiciones 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 artículo 150.2 de la LCSP.

- No formalización dolosa o culposa del artículo 71.2.b) de la LCSP:

El procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de 3 años contados desde la firmeza de la resolución sancionadora.

- Incumplimiento doloso o culposo de condiciones esenciales del artículo 71.2.c) de la LCSP:

El procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de 3 años contados desde que la entidad contratante tuvo conocimiento del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato.

- Resolución contractual firme y culpable del artículo 71.2.d) de la LCSP:

El procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de 3 años contados desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato.

h) Duración de la prohibición

El artículo 72.6 de la LCSP dispone que en los casos en que por sentencia penal firme así se prevea, la duración de la prohibición de contratar será la prevista en la misma. En los casos en los que esta no haya establecido plazo, esa duración no podrá exceder de 5 años desde la fecha de la condena por sentencia firme.

En el resto de los supuestos, el plazo de duración no podrá exceder de 3 años, que se computará desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.3, párrafo segundo, de la LCSP.

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(487).

i) Eficacia de las prohibiciones

El artículo 73.3 de la LCSP(488), en los casos de condena penal mediante sentencia firme del artículo 71.1.a) de la LCSP y condena mediante resolución administrativa firme del artículo 71.1.b) de la LCSP, distingue lo siguiente:

- En los casos en que se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición, desde la fecha en que devinieron firmes.
- En los casos en que no se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición (sin perjuicio de la adopción de las medidas provisionales que estimen oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse), desde la fecha de inscripción en el ROLECE que corresponda(489).

Esta última regla se aplicará en el resto de las prohibiciones que se recogen en el artículo 71 de la LCSP.

En relación con esta cuestión, se ha planteado la situación de la posible responsabilidad de un licitador que presente un DEUC sin hacer constar una prohibición para contratar que le había sido notificada pero que no había sido inscrita en el ROLECE correspondiente. A tal efecto, a juicio de los autores de esta obra, lo relevante es la publicación en el ROLECE porque, cuando la misma

(487) Resolución del TACRC número 26/2011, de 9 de febrero.

(488) STJUE de 24 de octubre de 2018 en la que se analiza a raíz de una cuestión prejudicial planteada por la Cámara de Contratos Públicos del Sur de Baviera (Alemania), en relación con la interpretación que cabe dar al artículo 57.2, 4, 6 y 7, de la Directiva 2014/24/UE referentes a la exclusión de un operador económico condenado mediante sentencia firme cuando el Derecho Alemán establece, en la Ley contra las Prácticas Restrictivas de la Competencia, una serie de medidas tendentes a evitar dicha exclusión cuando concurren determinadas medidas de autocorrección por parte de dicho operador, que dicho período de exclusión máximo debe calcularse no a partir de la participación en la actividad, sino a partir de la fecha en que la autoridad competente declaró que el comportamiento constituía una infracción.

(489) Resolución del TACRC número 833/2019, de 18 de julio, en la que señala que el ámbito de las prohibiciones para contratar será, en general, el propio del órgano que la hubiere declarado, salvo que se hubiese seguido el procedimiento establecido para hacerla extensiva a todo el Sector Público o a una parte de la Administración Pública, Estatal o Autonómica, y sus efectos también en general, a tenor del artículo 73.3, párrafo segundo, de la LCSP, comenzarán a contar a partir de su inscripción en el Registro correspondiente.

se produce, la prohibición de contratar es efectiva y, en consecuencia, puede reputarse la declaración efectuada en el DEUC como falsa (artículo 71.1.e) de la LCSP) (490). Cuestión distinta podría ser la derivada de la obligación que pende, a tenor del artículo 343.1 de la LCSP, sobre los empresarios inscritos en el ROLECE de actualizar la información registral, y de las posibles responsabilidades que en base a ello pudieran plantearse por terceros interesados.

El artículo 73.2, último párrafo, de la LCSP dispone que la inscripción de la prohibición de contratar en el ROLECE correspondiente caducará pasados 3 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, se publicarán en el BOE, cuando la prohibición tuviera carácter general, o en los respectivos diarios o boletines oficiales en función del ámbito a que se circunscriba (491).

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 (492).

5. OBJETO CONTRACTUAL

A. Introducción

Como ya se ha señalado en esta obra y se seguirá haciendo a lo largo de la misma, el objeto contractual contiene una referencia permanente para la correcta definición de extremos de capital importancia para la fijación de la estrategia del contrato y para su correcta ejecución.

(490) Informe JCCPE número 22/2016, de 10 de octubre.

(491) Artículo 20 del RGTRLCAP. Resolución del TACRC número 833/2019, de 18 de julio, en la que señala que el ámbito de las prohibiciones para contratar será, en general, el propio del órgano que la hubiere declarado, salvo que se hubiese seguido el procedimiento establecido para hacerla extensiva a todo el Sector Público o a una parte de la Administración Pública, Estatal o Autonómica, y sus efectos también en general, a tenor del artículo 73.3, párrafo segundo, de la LCSP, comenzarán a contar a partir de su inscripción en el Registro correspondiente.

(492) Resolución del TACRC número 26/2011, de 9 de febrero.

De este modo, a título ejemplificativo, el artículo 28 de la LCSP, sobre «Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación», dispone que las «entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».

Esta premisa se hace presente en cada definición que realiza el legislador. Baste como muestra, sin afán de exhaustividad, lo que se prevé en el artículo 1.3 (sobre la incorporación de manera transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato), en el artículo 65.2 (sobre habilitación empresarial o profesional), en el artículo 77.1.a) (sobre fijación del grupo o subgrupos para la clasificación), en los artículos 89 y 90 (para la solvencia técnica o profesional en contratos de suministro y servicios), en el artículo 116.2 (sobre la regla general que, salvo en el caso de lotes, el expediente de contratación ha de referirse a la totalidad del objeto del contrato), en el artículo 126.2 (respecto a la necesaria relación entre las prescripciones técnicas y el objeto del contrato), en el artículo 145 (sobre la necesaria relación entre los criterios de adjudicación y el objeto del contrato), y en el artículo 202.1 (sobre la vinculación de las condiciones especiales de ejecución y el objeto contractual).

Por tanto, el análisis del objeto del contrato presenta unos perfiles muy especiales, que son imprescindibles para el correcto diseño y ejecución de la satisfacción de las necesidades que las entidades del Sector Público se ven obligadas a externalizar.

B. Competencia

En todo caso, aunque pueda parecer innecesario, debe quedar claro que la fijación del objeto contractual queda a la competencia discrecional del órgano de contratación (493). El contrato debe ajustarse a los objetivos que la entidad contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a esta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 28 y 99 de la LCSP. Y no deben olvidarse las facul-

(493) Resoluciones del TACRC números 548/2014, 991/2015, y 180/2020.

tades de que goza el órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual, gozando de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar (494).

Le corresponde, por tanto, la decisión de realizar o no lotes y de integrar en el objeto del contrato, por motivos de índole práctica, prestaciones susceptibles de ser consideradas aisladamente como constitutivas de otros tantos contratos (495).

C. Características

a) Naturaleza jurídica del contrato

En relación con el tipo de contrato, bien administrativo bien privado, que celebre una entidad pública sujeta a la LCSP, es preciso señalar que el CPV, reflejado en los PCAPS y en el anuncio de licitación, aunque tiene una evidente importancia a la hora de interpretar el objeto del contrato (artículo 2.4 de la LCSP), no se puede olvidar que es un principio arraigado de nuestro Derecho que la naturaleza de los contratos se determina por su contenido, no por la denominación que le otorguen las partes (496).

b) Determinación

El objeto deberá ser determinado. 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, siempre que así se hubiese recogido en los PCAPS y que hubiese sido cuantificado en el presupuesto base de licitación y en el valor estimado del contrato en el expediente de contratación, como costes directos o

(494) Resolución del TACRC número 126/2019, de 25 de junio.

(495) Resolución del TACRC número 58/2012, de 22 de febrero.

(496) Resolución del TACRC número 1227/2019, de 4 de noviembre, en la que recuerda la doctrina sobre la habilitación empresarial o profesional a que se refiere el artículo 65.2 de LCSP. En este sentido indica, en relación con un contrato de servicio de oxígeno a domicilio en el que se exigía en los PCAPS que se tratara de laboratorios (con autorización de laboratorio farmacéutico fabricante o laboratorio titular de autorización de comercialización de oxígeno medicinal, así como del resto de productos sanitarios que deben proveerse para la ejecución del contrato), que «las habilitaciones profesionales al ser consideradas condiciones de aptitud para contratar deberán ser requeridas en función del objeto del contrato y con un carácter restrictivo, pues de lo contrario se vulneraría un principio fundamental de la Contratación Pública cual es la libre concurrencia».

indirectos, de modo que no se trate de prestaciones gratuitas sino de prestaciones sin coste adicional (497).

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 (artículo 99.1 de la LCSP).

Respecto a dicho asunto, los autores de esta obra creen que, a pesar de la desestimación del recurso especial en materia de contratación, el lector debería examinar la nota a pie de página, que a continuación se expresa, para no efectuar la determinación del objeto del contrato de esta manera (498).

(497) Resolución del TACRC número 180/2020, de 6 de febrero, en la que señala lo siguiente en relación con la interpretación del artículo 99 relativo al objeto del contrato en su relación a los artículos 100 y 101 por inclusión en el PCAPS de prestaciones ajenas al objeto del contrato (en este caso se contrataba el suministro de medicamentos, sueros y medios de contraste pero, sin embargo, se exigía que el contratista facilitara de modo gratuito el material fungible necesario para la inyección del contraste).

(498) Resolución del TACRC número 1144/2018, de 17 de diciembre, en la que, a juicio de los autores de esta obra de modo sorprendente, señala que no se ha vulnerado el artículo 99 de la LCSP respecto de un contrato en el que su objeto se determinaba de la siguiente manera:

1. Contení una relación genérica de los equipos objeto de mantenimiento, sin indicar su número concreto ni las características técnicas concretas de cada uno, tales como marca, modelo, antigüedad, periodo de garantía. Así, por ejemplo, se incluyen en la relación descripciones como «equipos de tratamiento de onda y radioterapia en general», o «equipos de cardiología» sin más especificaciones.
2. El inventario de los equipos a mantener no se ajusta por completo a la realidad, es orientativo, habiendo optado el órgano de contratación por no incorporarlo al expediente.
3. El PPTS establece bajo la rúbrica «Metodología de trabajo», que el adjudicatario del contrato debe en el plazo de 3 meses desde la firma del contrato realizar un inventario actualizado final, que, una vez conformado por los servicios técnicos del órgano de contratación, será el que fijará el alcance de la actuación del adjudicatario, o la cantidad de equipos a mantener.
4. Para paliar esta imprecisión se establecía una visita obligatoria por los licitadores a los Centros Hospitalarios antes de realizar sus ofertas, pues de esa manera podrá hacerse una idea aproximada del estado de los equipos.
5. Se establece la obligación del contratista de subrogarse en el personal que en la actualidad presta el servicio (1 responsable técnico, y 3 técnicos) y, aunque es cierto que el PPTS parece dar a entender que se puede ofertar un equipo de trabajo superior al mínimo, no parecería muy racional hacerlo, dado que la Memoria Económica solo ha presupuestado los gastos de personal correspondientes al equipo mínimo de obligatoria subrogación.

A pesar de lo señalado y de lo previsto en los artículos 28.1 y 99 de la LCSP y 2 del RGTRLCAP, el Tribunal considera que «el hecho de que precisamente sea una obligación del adjudicatario el confeccionar un inventario actualizado, la obligatoria visita de los licitadores para conocer los equipos existentes y su estado, la puesta a disposición del inventario con el que cuenta el SESCO, la relación genérica de equipos indicada en el PPT y, sobre todo, el



c) *Interdicción al fraccionamiento*

No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir su cuantía (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 (artículo 99.2 de la LCSP).

En relación con el citado artículo 99.2, es preciso recordar lo siguiente (499):

- El fundamento de la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del Sector Público se encuentra en evitar que mediante esta conducta se eluda la aplicación de las normas relativas a la publicidad o al procedimiento de adjudicación, normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato y que representan un elemento central de la Contratación Pública y un sistema de protección de la competencia (500).

Ello significa que la finalidad de la LCSP no es agrupar artificialmente varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza, sino impedir el fraude de ley señalado.

El artículo 99.2 de la LCSP no debe interpretarse como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones similares si entre ellas no existe un vínculo operativo real y es perfectamente posible contratarlas por separado o, incluso, su explotación en forma independiente. De este modo, cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes, si son independientes entre sí, no hay razón para considerar imposible su tramitación separada (501).

- Cabe hablar de fraccionamiento de un contrato cuando, a pesar de existir una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones) que no sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional, en lugar de celebrar un solo contrato se procede a realizar varios contratos diferentes (502).

profundo conocimiento de los equipos a mantener por parte del equipo de trabajo encargado de prestar el servicio, hacen que el objeto del contrato se halle suficientemente determinado a los efectos de poder realizar una oferta, con un conocimiento razonable de los equipos a mantener».

(499) Informe JCCPE número 72/2018 en la que analiza la figura del fraccionamiento de los contratos recogida en el artículo 99.2 de la LCSP.

(500) Informes JCCPE, entre otros, números 57/2009, de 1 de febrero de 2010, y 6/2016, de 27 de abril de 2017.

(501) Informes JCCPE números 1/2009 y 31/2012.

(502) Informe JCCPE número 69/2008, de 31 de marzo.



El fraccionamiento del objeto del contrato mediante su división se configura como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación y que deriva de la libertad configuradora derivada del contrato (503). Para ello habrá que estar asimismo a lo dispuesto en el artículo 1 de la LCSP en el que, además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia, que podría colisionar con la regla general de no división del objeto del contrato, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, principio básico y rector de la contratación del Sector Público, el de eficiencia, principio que, en relación con esta cuestión, exige tomar en consideración distintos aspectos como son, principalmente (504):

- el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes;
- la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato;
- el aprovechamiento de las economías de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y
- la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias como podría ocurrir si se estableciesen lotes.

d) *Lotes*

1. Regla general

La división en lotes del objeto del contrato ha sido prevista por el Legislador con la finalidad de promover y facilitar el acceso de las PYMES a la Contratación Pública (505), pero ha de ser el resultado de la ponderación conjunta, por un lado, de los principios de eficacia y eficiencia de la Contratación Pública, y, por otro, de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia (506).

(503) Resoluciones del TACRC números 138 y 143/2012.

(504) Resolución del TACRC número 247/2012.

(505) Resolución del TACRC número 1522/2021, de 5 de noviembre, en la que analiza un supuesto en el que la división en lotes no favorece el acceso al contrato a un mayor número de empresas, fomentando la participación de PYMES.

(506) Resoluciones del TACRC números 927/2014, y 1522/2021, de 5 de noviembre, en la que analiza un supuesto en el que la división en lotes no favorece el acceso al contrato a un mayor número de empresas, fomentando la participación de PYMES.

En dicha labor de decisión, el órgano de contratación deberá valorar, de acuerdo con lo previsto en el Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE (507), si la naturaleza del contrato lo permite y si no existen motivos válidos que justifiquen la no división del objeto del contrato en lotes (508). Para la adopción de dicha decisión, el órgano de contratación es libre para decidir, de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, la magnitud de cada expediente y de cada lote, o, en su caso, las razones que, en un formato abierto planteado por el artículo 99 de la LCSP, justifican la no realización de lotes.

En definitiva, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto, esto es, la concurrencia

(507) «Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las PYME. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulado “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”, que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las PYME. A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos. La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial. Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato».

(508) A propósito de la obligada justificación de los motivos por los que el órgano de contratación considera procedente que no se divida el contrato en lotes, se ha pronunciado el TACRC en repetidas ocasiones, cuya doctrina se podría resumir, en la expuesta en la Resolución 1149/2021, de 9 de septiembre.



de las PYMES (509). En este sentido, la justificación que ha de ofrecer el órgano de contratación, si bien no ha de ser necesariamente exhaustiva, sí debe referirse a las concretas razones que concurren en cada caso, sin que sea admisible la mera formulación del propio precepto para considerar cumplida dicha obligación (510).

La ausencia de lotes supone una limitación a la competencia y favorece indirectamente al anterior operador dominante, quebrándose por ello el principio de igualdad de trato referido por el artículo 1 LCSP (511).

Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LCSP (artículo 99.3, párrafo primero), en favor de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social (512) y empresas de reinserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión

(509) Resolución del TACRC número 1755/2021, de 2 de diciembre, en la que, en un contrato privado de servicios SARA, recordó su doctrina sobre realización de lotes recogida en las Resoluciones números 814/2016, 408/2017, 600/2017, 430/2018, y 981/2018.

(510) Resolución del TACRC número 1755/2021, de 2 de diciembre, en la que, en un contrato privado de servicios SARA, recordó su doctrina sobre realización de lotes recogida en las Resoluciones números 814/2016, 408/2017, 600/2017, 430/2018, y 981/2018.

(511) Resolución del TACRC número 220/2012, de 3 de octubre.

(512) 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.

La Resolución del OARC número 127/2016 encuentra su justificación en el Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE, que manifiesta que:

«El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido».

En estos procedimientos si decidiera presentarse una UTE todos los partícipes deberían ser centros especiales de empleo, no resultándoles en consecuencia de aplicación lo previsto en el artículo 69.6 de la LCSP en cuanto a la acumulación de características a la hora de valorar y apreciar, en su caso, la concurrencia del requisito de clasificación.

social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava en relación con ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud en las condiciones establecidas en la citada disposición (artículo 99.4).

Cuando el órgano de contratación proceda a la división en lotes podrá introducir, indicándolo expresamente en el anuncio de licitación y en el PCAPS, alguna de las siguientes limitaciones, justificándolas debidamente en el expediente de contratación:

- Podrá limitar el número de lotes a los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta.
- También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador(513).

(513) Resolución del TACRC número 798/2018, de 14 de septiembre, en la que analiza el siguiente sistema de adjudicación por lotes establecido al amparo del artículo 99.4 b) de la LCSP: Se presentan 3 licitadores, A con orden de preferencia respecto de los lotes 2,1, y 3; B con orden de preferencia respecto de los lotes 1 y 3; y C con orden de preferencia respecto de los lotes 2 y 1 con el siguiente resultado una vez analizadas sus ofertas según los criterios de adjudicación:

Clasificación	Lote 1	Lote 2	Lote 3
1.º	A	A	A
2.º	B	C	B
3.º	C	–	–

En el caso analizado no hay problema con el licitador A al que se le adjudica según la preferencia manifestada el lote 2, pero, respecto del resto, al licitador B se le adjudica el lote 3 sin tener en cuenta su preferencia respecto del lote 1 porque, de lo contrario, dicho lote 3 quedaría sin adjudicar. El Tribunal se manifiesta contrario a que dicha forma se encuentre amparada en el artículo 99.4.b) de la LCSP («También podrá limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador») por los siguientes motivos:

1. Porque, aunque en el Preámbulo de la LCSP se apuesta por la política de fomento de la Contratación Pública con pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social, sin embargo, ello no implica corrección alguna en los principios de igualdad, transparencia y la objetividad y no entraña innovación que permita ponerlos en entredicho. Las Directivas prevén medidas concretas y variadas para lograr el citado objetivo sin alterar el principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.
2. Porque, aunque el órgano de contratación ha justificado la limitación en el expediente, indicándolo en el anuncio de licitación y en los pliegos, sin embargo, éstos se exceden cuando se traslada a la mesa la decisión de cuál de los lotes se adjudicará al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa en varios de ellos, marginando la preferencia expresada por el propio licitador. Ello resulta contrario a los principios de la contratación, singularmente



Cuando se introduzca la limitación en el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, además deberán incluirse en los PCAPS 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 (514). Estos criterios o normas, en todo caso, deberán ser objetivos y no discriminatorios.

Salvo lo que disponga el PCAPS, a efectos de las limitaciones señaladas, en las UTEs serán estas y no sus componentes las consideradas candidato o licitador.

Cuando el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes del objeto del contrato y, además, permitir que pueda adjudicarse 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:

- Que esta posibilidad se hubiere establecido en el PCAPS que rija el contrato y se recoja en el anuncio de licitación. Dicha previsión deberá concretar la combinación o combinaciones que se admitirá, en su caso, así como la solvencia y capacidad exigida en cada una de ellas.
- Que se trate de supuestos en que existan varios criterios de adjudicación.
- Que previamente se lleve a cabo una evaluación comparativa 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 PCAPS 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 (artículo 99.5).

los de no discriminación, salvaguarda de la libre competencia, eficiencia y oferta económicamente más ventajosa y protección del mejor mérito.

Algo distinto es que se acepte la limitación del número de lotes de los que un mismo licitador puede ser adjudicatario o que para evitar que un lote quede desierto se exceptione la regla de no adjudicar más de un lote a un mismo licitador que haya presentado la mejor oferta en más de uno de ellos.

(514) Esta precisión, que se hace en 99.4, párrafo quinto, de la LCSP, resulta, a juicio de los autores de esta obra, reiterativa e innecesaria puesto que, si los PCAPS ya han previsto una limitación en el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, no se entiende por qué, también en los PCAPS, se deberán incluir 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», cuando esa situación que describe, por aplicación de los criterios de adjudicación sin más referencia, no podrá producirse.



Cuando se proceda a la división en lotes, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, calculado según lo establecido en el artículo 101, salvo que se dé alguna de las excepciones a que se refieren los artículos 20.2, 21.2 y 22.2 (artículo 99.6).

En los contratos adjudicados por lotes, y salvo que se establezca otra previsión en el PCAPS 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 (artículo 99.7).

En relación con la interpretación de los artículos 18 y 34 de la LCSP con motivo de la posible fusión de prestaciones en el seno de un contrato mixto, siempre que las mismas se encontraran directamente vinculadas entre si y mantengan relaciones de complementariedad que exija su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad, y su compatibilidad con la regla general de formulación de lotes, hay que señalar que ello será excepcionalmente posible cuando quede perfectamente justificado (515) que la división en lotes conllevara el riesgo de restringir injustificadamente la competencia, dificultara la correcta ejecución desde el punto de vista técnico o desde el de su propia naturaleza del objeto del contrato.

2. Excepción

El órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente (516), salvo en los casos de contratos de concesión de obras. En relación precisa-

(515) Expedientes JCCPE números 48/2018 y 7/2019.

(516) Resolución del TACRC número 52/2013, de 30 de enero, en la que 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 la Resolución del TACRC número 1153/2018, de 17 de diciembre, no se consideró suficiente una justificación en la que se señale solamente en los pliegos que «El objeto del contrato es un servicio único no divisible en lotes», sino que es preciso que dicha circunstancia debe explicarse en el expediente.

mente con el contrato de concesión de obras, a juicio de los autores de esta obra, es preciso efectuar alguna consideración cuando el artículo 101.12, párrafo segundo, de la LCSP 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». Ello quiere decir, por un lado, que el Legislador es perfectamente consciente de que puede haber contratos de concesión de obras susceptibles de ser divididos en lotes, y de que, por otro, ha de rechazarse una interpretación que se limite a la literalidad del artículo 99.3, párrafo segundo, de la LCSP que señala que «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, salvo en los casos de contratos de concesión de obras». Por tanto, el órgano de contratación ha de motivar la decisión de no dividir en lotes, cuando se trate de un contrato de concesión de obras, ya que lo contrario supondría consagrar un supuesto de exención de una decisión discrecional lo que a todas luces llevaría a una situación de indeseable indefensión que es posible admitir por muchas peculiaridades que pudieran rodear a un contrato de la naturaleza de una concesión de obras. En consecuencia, cabe concluir que la salvedad del artículo 99.3, párrafo segundo, de la LCSP cuando se refiere a los contratos de concesión de obras, está pensando en que por su propia naturaleza, la división en lotes puede desvirtuar dicha figura contractual y no tanto en excepcionar la regla general que preside nuestro sistema legal de contratación pública, consistente en que, cuando la naturaleza del contrato lo permita, cada una de sus partes se ejecute de forma independiente o en lotes, salvo que concurran determinadas justificaciones, que desde luego han de ser motivadas de forma expresa y suficiente. Otra cosa distinta es que la naturaleza del contrato no lo permita(517).

En todo caso se considerarán motivos válidos a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, siempre que se justifiquen debidamente en el expediente de contratación (518) a tenor del inciso final del artículo 99.3 de la LCSP, los siguientes:

- Que la división en lotes 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 desde el punto de vista técnico.

(517) Resolución del TACRC números 247/2012, 83/2018, 809/2021, 1755/2021, y 329/2022.

(518) Resolución del TACRC número 148/2019 de 22 de febrero, citada en la resolución número 411/2019, de 17 de abril.

- Que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza de su objeto, 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.

El Considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE señala que, cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los PCAPS de la contratación debe incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección realizada (519). En este sentido, es preciso significar que la pretensión de un recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (520).

3. Lotes y contratos sujetos a regulación armonizada

Sobre la figura de los lotes es necesario referirse a las posibilidades que, a efectos de considerar o NO SARA 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 (521) que transponen el artículo 5.10 de la Directiva 2014/24/UE.

De acuerdo con lo indicado en nota a pie de página, los autores de esta obra se manifiestan favorables a la aplicación de la que han llamado tesis de «doble velocidad», resultando una posibilidad estratégica más de la que pueden disponer los órganos de contratación, si, bien es verdad, no será sencilla su ejecución.

(519) Resolución del TACRC número 1284/2019, de 11 de noviembre.

(520) Resoluciones del TACRC números 156/2013, de 18 de abril, 194/2013, de 23 de mayo, y 756/2014, de 15 de octubre.

(521) 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 con la posibilidad de formar lotes respecto de 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 SARA 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 99.3 de la LCSP (Lote 1, 3.300.000, Lote 2, 1.750.000 y Lote 3, 750.000) podría descontar del cómputo a efectos del umbral comunitario el importe del Lote 3 (750.000 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 5.050.000 euros (5.800.000 menos 750.000 euros).

6. PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN, VALOR ESTIMADO Y PRECIO

A. Presupuesto base de licitación

a) *Planteamiento previo*

El concepto del presupuesto base de licitación, como se comentará a continuación, supone un aspecto respecto del cual se han producido dos controversias. Por un lado, la derivada de su incorporación al texto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando era un concepto genuino y típico del TRLCAP que valoraba la publicidad desde el punto de vista de la prestación o el servicio con la inclusión de los impuestos indirectos, y, por otro lado, la motivada porque algunos órganos de contratación no pormenorizan convenientemente en los PCAPS el desglose de costes directos e indirectos que justifiquen el importe estimativo global del futuro contrato, cuando ello sea preciso (522).

Por ello dicho contrato no estaría SARA ya que no superaría los 5.382.000 euros, cuantía prevista para este tipo de contrato. Actualmente, hasta el 31 de diciembre de 2023, rigen los umbrales recogidos en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre). El funcionamiento sería idéntico para el contrato de suministro 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 99.3 de la LCSP (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 SARA ya que no superaría los 140.000 euros cuantía prevista para este tipo de contrato en la citada Orden HFP/1499/2021.

No parece que sea esta 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 SARA y otros, que cumplirían las condiciones previstas en dichos artículos, aplicarían el previsto para los no SARA.

Así, de acuerdo con dicha interpretación y volviendo al ejemplo realizado respecto al contrato de obras (Lote 1, 3.300.000, Lote 2, 1.750.000 y Lote 3, 750.000), 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 SARA. Esta interpretación haría que el contrato fuera SARA, 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, a juicio de los autores de esta obra, 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.

(522) Resoluciones del TACRC números 861/2018, de 1 de octubre, 84/2019, de 1 de febrero, 506/2019, de 9 de mayo, 633/2019, de 13 de junio, 1333/2019, de 18 de noviembre, y 624/2020, de 14 de mayo.



b) Concepto

Sobre este concepto, los autores de esta obra ya tuvieron ocasión de manifestarse con anterioridad (523) señalando que, al ser aprobada la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se trataba de un concepto que había quedado superado, aunque se seguía haciendo referencia a él 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 para aplicar la metodología incorporada por esta Ley a la hora de implementar el principio de publicidad.

Aparte de lo señalado, se observa que en la LCSP, en la mayoría de las referencias que se hacen al presupuesto base de licitación, se añade la expresión «IVA excluido» (524), concepto que se corresponde, a tenor del artículo 101, con el de valor estimado del contrato.

Respecto a su concepto, el artículo 100.1 de la LCSP dispone que, a los efectos de la LCSP, por presupuesto base de licitación se entenderá el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, «incluido el IVA» (525), salvo disposición en contrario.

Desde el mencionado punto de vista, a juicio de los autores de esta obra, 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.

c) Determinación

El artículo 100 de la LCSP dispone que el presupuesto base de licitación, por un lado, ha de aprobarse con carácter previo para todo contrato, salvo que se celebre, como sistemas de racionalización técnica de la contratación, un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición, y, por otro, que es preceptivo que los órganos de contratación cuiden que sea adecuado a los precios del mercado (526) para lo cual se establece,

(523) *Comentarios sobre la Contratación Pública Comunitaria y la Ley de Contratos del Sector Público*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2008.

(524) Disposición adicional decimotercera de la LCSP sobre «Referencias al Impuesto sobre el Valor Añadido». Las referencias al Impuesto sobre el Valor 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.

(525) Disposición adicional decimotercera de la LCSP sobre «Referencias al Impuesto sobre el Valor Añadido». Las referencias al Impuesto sobre el Valor 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.

(526) Resolución del TACRC número 669/2020, de 11 de junio, en la que, en relación con un contrato de servicio de ayuda a domicilio, se declara la estimación del recurso por vulneración de los



taxativamente(527), que es necesario que en los PCAPS o en el documento regulador de la licitación, por ejemplo, en la memoria económica que sea accesible a los licitadores(528), se desglosen los costes directos(529) e indirectos y otros eventuales gastos(530) calculados para su determinación(531).

artículos 100 y 101 de la LCSP porque el cálculo del presupuesto base de licitación y el valor estimado no tuvo en cuenta los incrementos que se preveían en el propio convenio sectorial denunciado (se trataba de un caso en el que denunciado el convenio y en tanto no se llegara a un acuerdo sobre el nuevo, se preveía el incremento de los conceptos retributivos en la misma cuantía que el índice de precios al consumo real del año anterior).

(527) Resoluciones del TACRC números 1161/2019, de 14 de octubre, y 45/2020, de 16 de enero, en las que señala que no resultará adecuada la justificación basada en la facturación del contrato actual, obviando otros cálculos de costes y presupuesto del contrato que hubieran sido necesarios en caso de que se tratase de la prestación de un nuevo servicio.

(528) Resolución del TACRC número 1144/2018, de 17 de diciembre.

(529) Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos, número V1643-20, de 27 mayo de 2020, sobre el tratamiento fiscal que ha de darse a la aportación económica global que realiza un Servicio de Sanidad Público para la cobertura de los costes fijos y variables derivados de la prestación de servicios realizada por una entidad sanitaria privada, sin incluir ningún margen industrial. A tal efecto, se analiza el concepto de «subvención vinculada al precio», señalando lo siguiente:

1. Tal y como se señala en la propia exposición de motivos de la de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, el Legislador ha considerado necesario excluir, desde su entrada en vigor, de la consideración de subvenciones vinculadas al precio que forman parte de la base imponible de las operaciones sujetas al Impuesto, las aportaciones financieras que las Administraciones Públicas realizan al operador de determinados servicios de titularidad pública cuando no existe distorsión de la competencia, generalmente porque al tratarse de actividades financiadas total o parcialmente por la Administración no se prestan en régimen de libre concurrencia como, por ejemplo, los servicios de transporte municipal o de fomento de la cultura.

2. El concepto de «subvención vinculada al precio» ha generado desde los orígenes de la Directiva comunitaria numerosas controversias a la hora de delimitarlo y, en muchas ocasiones, de diferenciarlo de prestaciones análogas, como pueden ser las subvenciones a la explotación o las indemnizaciones. El TJUE (SSTJUE de 22 de noviembre de 2001, de 16 de junio de 2002, y cuatro sentencias de 15 de julio de 2004 (dictadas en los asuntos C-495/01, C-381/01, C-144/02 y C-463/02), ha venido señalando que se debe incluir únicamente aquellas subvenciones que constituyan la contraprestación total o parcial de una operación de entrega de bienes o de prestación de servicios y que son pagadas por un tercero al vendedor o al prestador de los servicios, y que, en base a lo anterior, los requisitos, que deben cumplirse para que la subvención pueda considerarse directamente vinculada al precio, son los siguientes: Que la subvención haya sido abonada al operador subvencionado con el fin de que realice específicamente una entrega de bienes o una prestación de servicios determinada; Que los adquirentes del bien o los destinatarios del servicio obtengan una ventaja de la subvención concedida al beneficiario; Que la contraprestación que representa la subvención sea, como mínimo, determinable; y que exista un vínculo directo entre la contraprestación obtenida por el empresario o profesional y las prestaciones de servicios que deba realizar (STJUE de 27 de marzo de 2014, *Le Rayon d'Or SARL*, en el Asunto C-151/13).

(530) Orden FOM/25/2019, de 10 de enero, por la que se regula la asignación de recursos, procedentes de las obras públicas financiadas por el Ministerio de Fomento y por las entidades y empresas del Sector Público dependientes o vinculadas, a la financiación de trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística (BOE número 18, de 21 de enero).

(531) Informe JCCPE 85/2018 en la que señala que no han de incluirse ni en el presupuesto base de licitación ni en el valor estimado de un contrato de servicios o de suministros las

Respecto a la exigencia de que el cálculo del valor de las prestaciones se ajuste a precios de mercado, es preciso señalar que la citada referencia no opera como un «suelo» sino como un «techo», pues tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes, así como la ausencia de enriquecimiento injusto, y la viabilidad de las prestaciones (532).

En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme 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 (533).

B. Valor estimado

a) Comentario previo

La problemática producida respecto del artículo 101 de la LCSP se ha centrado, del mismo modo que ya se ha comentado en relación con el concepto de presu-

posibilidades que se recogen, respectivamente, en los artículos 309 (determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, variación en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato), y 301.2 de la LCSP (contratos de suministro con precio mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato), porque su concurrencia no es necesaria sino meramente contingente respecto de los artículos 100 y 101 de la LCSP.

(532) Resoluciones del TACRC números 984/2018, de 26 de octubre, 1263/2019, de 11 de noviembre, 213/2022, de 17 de febrero, y 449/2022, de 21 de abril.

(533) El comentario del artículo 100.2 inciso final cuando señala, en sede de presupuesto básico de licitación, que «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», y del artículo 101.2, párrafo último, relativo a la fijación del valor estimado del contrato, cuando establece que «En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación», se realiza en esta obra a continuación cuando se comenta este último precepto.

Resoluciones del TACRC números 984/2018, de 26 de octubre, 1263/2019, de 11 de noviembre, 213/2022, de 17 de febrero, y 449/2022, de 21 de abril. En esta última se señala que «Debe reconocerse el mayor protagonismo conferido a los convenios colectivos a la luz de la redacción de los artículos 100.2 y 102. 3 LCSP, cuyos términos económicos habrán de ser necesariamente considerados tanto en la determinación del presupuesto base de licitación como en la del precio».

puesto base de licitación ya analizado, en que algunos órganos de contratación no pormenorizan convenientemente en los PCAPS o en el documento regulador de la licitación, por ejemplo, en la memoria económica que sea accesible a los licitadores (534), el desglose de costes directos e indirectos que justifiquen el importe del valor estimativo del futuro contrato, cuando ello sea preciso (535).

También, como comentario general, cabe señalar que los porcentajes fijados en el artículo 131.1 del RGTRLCAP, en concepto de costes por gastos generales (del 13 al 17 por ciento) y por beneficio industrial para el contrato de obras (6 por ciento), han de tener carácter meramente orientativo (536), por lo que no resulta admisible para justificar una exclusión automática de un licitador o de una oferta por entender que se encuentra incurso en presunción de anormalidad (537).

b) 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 (538), cuándo un contrato sería SARA, y, cuándo sería posible aplicar el procedimiento negociado por sistema de cuantías que se establecían en el TRLCSP para simplificar el proceso de contratación.

Actualmente, en la LCSP se utiliza fundamentalmente con tres finalidades: La primera, para determinar si un contrato es SARA (539), la segunda, para advertir si es posible la aplicación del procedimiento abierto simplificado, recogido en el

(534) Resolución del TACRC número 1144/2018, de 17 de diciembre.

(535) Resoluciones del TACRC números 861/2018, de 1 de octubre, 84/2019, de 1 de febrero, 506/2019, de 9 de mayo, 633/2019, de 13 de junio, 1333/2019, de 18 de noviembre, y 624/2020, de 14 de mayo.

(536) Resoluciones del TACRC números 683/2016 y 231/2018.

(537) Informe JCCPE número 40/2019 y Resolución del TACRC número 124/2020, de 30 de enero.

(538) 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.

(539) Actualmente los umbrales comunitarios están recogidos en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre).

artículo 159 de la LCSP, o de la figura de los contratos menores o de tramitación similar (artículo 131.4 en el que regula los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, y disposición adicional novena de la LCSP, sobre «Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones», que permite agilizar este tipo especial de contratos hasta el importe del umbral comunitario de los contratos SARA), y, la tercera, para advertir si un contrato será objeto de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44.1 de la LCSP.

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.

c) Método de cálculo

1. Introducción

El artículo 101.4 de la LCSP dispone 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.

El artículo 101.7 de la LCSP establece 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 de adjudicación del contrato.

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, a juicio de los autores de esta obra, 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 (artículo. 101.7 de la LCSP).

2. Unidad funcional separada

El artículo 101.6 de la LCSP 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 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 (540).

El concepto de «unidad funcional separada» (541) es especialmente interesante en la aplicación de la figura de los contratos menores.

En estos casos, resulta muy importante indicar que no se justifica una fragmentación del valor estimado del contrato cuando, por ejemplo, el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada.

La Directiva 2014/24/UE establece, en su Considerando 20 y se recoge en el artículo 5.2, que, a los efectos de estimar el valor de un contrato, se permite basarse en una fragmentación del objeto únicamente en las siguientes condiciones:

- Cuando esté justificado por motivos objetivos, como, por ejemplo, en el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación.
- Cuando se suponga que es así porque la unidad funcional está separada del poder adjudicador (no en el aspecto orgánico o jerárquico, sino en lo que hace a la función que desempeña), lleve a cabo los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone.

3. Contenido

El artículo 101.2, primer párrafo, introduce 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 (542), incluidas

(540) 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, Informe JCCPE número 09/2018. 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.

(541) Expedientes JCCPE números 9/2018, 46/2018 y 20/2018.

(542) Expedientes JCCPE números 29/2019 y 35/2019 en la que analiza si, a tenor de los artículos 100 y 101 de la LCSP, en orden a la correcta adjudicación de un contrato en el que

otras normas cuando los convenios colectivos no sean suficientes para lograr su adecuación a los precios del mercado (543), otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio

el coste de la mano de obra constituye un elemento esencial y en el que no existe cláusula de revisión de precios, los costes laborales y medioambientales previstos en las ofertas deben calcularse únicamente con referencia al año de adjudicación del contrato o si, por el contrario, debe extrapolarse dicho cálculo al plazo total de vida del contrato, incluidas sus posibles prórrogas. En relación con dicho asunto, señala:

1. El artículo 201 de la LCSP introduce la novedad, en línea con lo dispuesto en los artículos 18 y 69 de la Directiva 2014/24/UE, de que los órganos de contratación han de tomar «las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral», potestad que se extiende a la fase de licitación respecto a los candidatos y licitadores, atendiendo al párrafo segundo del citado artículo.

2. En la misma línea se sitúan las previsiones de la LCSP respecto al presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato (artículos 100, 101 y 102), parámetros a tener en cuenta para la elaboración de las ofertas por los licitadores, y que incorporan un mayor grado de detalle respecto a su determinación con el fin de adecuar su precio al del mercado durante su periodo de ejecución, incluidas sus posibles prórrogas. En particular, y respecto de las previsiones del coste de las obligaciones laborales en los contratos en los que el coste de la mano de obra constituye un elemento esencial, en la LCSP se establece una particular vinculación a los convenios colectivos sectoriales de aplicación que afecta a todos estos aspectos.

El TACRC (Resoluciones números 632/2018 y 827/2018) ha declarado que gozan de especial transcendencia los convenios colectivos sectoriales de aplicación para garantizar la cobertura de los costes laborales derivados de la ejecución del contrato de servicios en los que resulte esencial la mano de obra de los trabajadores de las empresas contratistas, razón por la cual las normas convencionales no pueden resultar ajenas al órgano de contratación a la hora de fijar el presupuesto base de licitación y el valor estimado del contrato, de modo que los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los PCAPS, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución.

3. Por ello, como en los convenios colectivos se contienen habitualmente disposiciones expresas sobre actualización sucesiva o crecimiento concreto de costes salariales en los diferentes años de su vigencia, en este tipo de actividades intensivas en mano de obra, tanto el presupuesto base de licitación como las proposiciones de los licitadores han de tenerse en cuenta las previsiones del convenio aplicable.

En consecuencia, si de lo que se trata es de garantizar que el futuro contratista va a cumplir con las previsiones normativas en materia salarial y medioambiental durante la íntegra ejecución del contrato, con el fin de realizar el adecuado análisis de las ofertas en el momento de la adjudicación, deberán ser tenidos en cuenta todos los años a que esta ejecución se va a extender, incluidas las posibles prórrogas (Recomendación JCCPE de 10 de diciembre de 2018).

(543) Expedientes JCCPE números 29/2019 y 35/2019.



industrial, para finalizar reiterando que, como se contemplaba en el artículo 88.1 del TRLCSP, 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 PCAPS o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas.

Para los acuerdos marco y para los sistemas dinámicos de adquisición, el artículo 101.13 de la LCSO dispone que 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 (544).

El artículo 101.14 de la LCSP prevé que en el procedimiento de asociación para la innovación 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.

4. Lotes

Respecto al tema de los lotes, sin perjuicio de que pudiera resultar de la aplicación de lo previsto en el artículo 20.2, párrafo segundo, y en los incisos finales

(544) STJUE de 17 de junio de 2021, *Caso Simonsen & Weel A/S contra Región Nordjylland y Región Syddanmark*, en la que resuelve una cuestión prejudicial que analiza un anuncio de licitación de un acuerdo marco en el que no es específica el valor estimado, ni la cantidad estimada o máxima de los productos cuya compra estaba prevista. El citado anuncio señalaba lo siguiente: «las estimaciones indicadas y los volúmenes de consumo previstos únicamente reflejan las previsiones del poder adjudicador relativas al consumo de los servicios a que se refiere el contrato objeto de la licitación. En consecuencia, el poder adjudicador no se compromete a adquirir una cantidad específica de servicios ni a realizar compras por un importe determinado en virtud del acuerdo marco. En otras palabras, el consumo real podrá ser superior o inferior al indicado por las estimaciones». El TJUE señala que el anuncio de licitación debe indicar la cantidad o el valor estimados y una cantidad o un valor máximos de los productos que deben suministrarse en virtud de un acuerdo marco de manera global, con independencia de que dicho anuncio puede establecer aquellas exigencias adicionales que el poder adjudicador decida añadir, de modo que, una vez alcanzado dicho máximo, se agotarán los efectos de ese acuerdo marco (artículo 49 y puntos 7, 8 y 10, letra a), de la parte C del anexo V de la Directiva 2014/24/UE, leídos en relación con el artículo 33 de la misma Directiva y los principios de igualdad de trato y de transparencia establecidos en su artículo 18.1).

En relación con la posible inclusión en el método de cálculo del sistema de determinación del precio previsto en el artículo 309 de la LCSP (determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, variación en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato), como ya se ha señalado en esta obra, la respuesta a dicha cuestión ha de ser negativa porque, al no tener carácter necesario conforme al artículo 100 LCSP, no constituye un coste ni un gasto que haya de incluirse en el presupuesto base de licitación, y, además, porque, conforme al artículo 101, no cabe su inclusión en la determinación del valor estimado del contrato (546).

Respecto al contrato de servicios, el artículo 101.11 dispone que, a los efectos del cálculo del valor estimado, se tomarán como base, en su caso, las siguientes cantidades:

- 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, distinga entre si tiene una duración determinada igual o inferior a 48 meses, en cuyo caso se tomará en cuenta el valor total estimado correspondiente a toda su duración, o si la duración es superior a 48 meses o no se encuentra fijada por referencia a un período de tiempo cierto, a cuyo efecto se calculara el valor estimado sobre el valor mensual multiplicado por 48.

En relación con la posible inclusión en el método de cálculo del sistema de determinación del precio previsto en el artículo 301.2 (contratos de suministro con precio mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato), como ya se ha señalado en esta obra, la respuesta a dicha cuestión ha de ser negativa ya que no tiene carácter necesario en la ejecución del contrato público, sino que semeja ser puramente contingente, por lo que, conforme al artículo 100 LCSP, no constituye un coste ni un gasto que haya de incluirse en el presupuesto base de licitación, y, conforme al artículo 101, tampoco ha de incluirse en la estimación del valor estimado del contrato (547).

(546) Informe JCCPE 85/2018.

(547) Informe JCCPE 85/2018.

- 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.

d) *Costes salariales parte del precio final*

Como ya se ha señalado, al tratar de la nota de la necesaria determinación del presupuesto base de licitación, los artículos 100.2 inciso final y 101.2, párrafo último, de la LCSP requieren de una interpretación conjunta.

El artículo 100.2 inciso final señala, en sede de presupuesto básico de licitación, que «En los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución *forme 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» (la cursiva es de los autores de esta obra).

Por su parte, el artículo 101.2, párrafo último, dispone, en relación con la fijación del valor estimado del contrato, que «En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que *sea relevante la mano de obra*, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación» (la cursiva es de los autores de esta obra).

El problema de interpretación viene motivado por la imprecisa redacción del artículo 100.2 último inciso de la LCSP porque puede dar a entender que, en todo caso, el desglose siempre debe realizarse a efectos de determinar el presupuesto base de licitación porque, de una u otra forma, el coste de los salarios de las personas empleadas va formar, inevitablemente, del precio total del contrato.

Sin embargo, ello requiere de interpretación porque no siempre será así (549):

- Porque la aplicación del artículo 100.2 inciso final se reduce exclusivamente a los contratos en los que el coste de los salarios forme parte del precio total del contrato.

De este modo, no resulta de aplicación ni a los contratos de suministro, en los que el precio de mercado debe determinarse en función de los precios que los bienes muebles a adquirir, ni a los contratos de obras, en los que existe un proyecto que debe contener, por exigirlo el artículo 233.1 d) de la LCSP, «un

(549) Resoluciones del TACRC números 861/2018, de 1 de octubre, 84/2019, de 1 de febrero, 506/2019, de 9 de mayo, 633/2019, de 13 de junio, 1333/2019, de 18 de noviembre, y 624/2020, de 14 de mayo.

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», ni a los contratos de concesión de servicios, en los que debe existir un específico estudio de viabilidad, o de viabilidad económica y financiera a tenor del artículo 285.2 de la LCSP, ni a los de servicios en los que los costes salariales solo contribuyen a determinar el precio total del contrato, pero no integran o no forman parte de este.

- Porque, en consecuencia, el artículo 100.2, último inciso solamente resultará aplicable a los contratos de servicios en los que concurran cumulativamente los siguientes requisitos:
 - Que se trate de contratos de servicios de uso intensivo de mano de obra en los que el coste económico principal sean los costes laborales, es decir, (550) aquellos en los que se cumpla lo previsto en el artículo 102.3, párrafo segundo, («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»).
 - Que dicho coste económico principal se derive directamente para la entidad contratante de los costes salariales de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato.

(550) Sobre el concepto de contrato de «servicios o actividades de mano de obra intensiva» cabe señalar, a juicio de los autores de esta obra, las siguientes consideraciones (Resoluciones del TACRC números 702/2018, de 20 de julio, 990/2018, de 2 de noviembre, 635/2020, de 21 de mayo, 1136/2021, de 9 de septiembre, 1672/2021, de 19 de noviembre, y 754/2022, de 23 de mayo):

Primero, se trata de un concepto que proviene del término anglosajón «labor intensive» que designa aquellas actividades económicas que requieren un gran número de trabajadores en comparación con las exigencias de capital que precisan.

Segundo, que, para determinar el ámbito de dicho concepto, es preciso examinar en cada caso si los costes de mano de obra resultan o no «claramente predominantes en la estructura de costes del contrato».

Tercero, que no debe fijarse apriorísticamente un porcentaje a partir del cual se aprecie que se está ante un contrato de servicios de uso intensivo de mano de obra. Por esta razón, el análisis a emplear para deducir si en un contrato deben aplicarse varios criterios de adjudicación un puede basarse, sin más, en la apreciación de que el coste supera el 50 por ciento de los costes totales del contrato.

Cuarto, que existen determinados tipos de contratos de servicios que, en principio, se presumen intensivos en mano de obra (como, por ejemplo, los de limpieza de edificios, Resoluciones del TACRC números 1136/2021, de 9 de septiembre, y 1672/2021 de 19 de noviembre, y Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 594/2021, de 30 de diciembre), sin perjuicio de que dicha presunción pueda desvirtuarse mediante prueba en contrario cuando se acredite que el factor trabajo no es, en el concreto supuesto examinado, el coste predominante.



Por tanto, este requisitos excluye los contratos de servicios en los que la prestación se realiza para el público en general, de forma que el uso por la Administración contratante es uno más de otros muchos y el coste por ello es una tarifa, precio unitario o comisión, en el que no forman parte del precio los costes salariales de los trabajadores que en general se emplean para ejecutar el contrato como, por ejemplo, los servicios de agencia de viajes del personal de la Administración pública en el ejercicio de sus funciones, o de actividades deportivas en centro deportivos municipales, o los de transporte regular de viajeros por tren, avión o autobús, en los que si bien hay costes económicos por salarios de trabajadores empleados en la ejecución, no existe una prestación directa para la entidad contratante y solo para ella, es decir, no son empleados solo para la ejecución del contrato con la Administración, sino para el conjunto de usuarios o consumidores.

- Que se trate de servicios en los que la prestación se configura como objeto del propio contrato al tener como destinataria a la propia Administración (por ejemplo, en el caso de los servicios de seguridad y vigilancia, limpieza y otros semejantes), con lo cual los costes salariales no solo contribuyen a determinar el precio sino que forman parte del mismo, bien como un factor del precio (por ejemplo, número de trabajadores por categoría y por unidad de tiempo), bien por un precio unitario por trabajador por unidad de tiempo de trabajo adicional (por ejemplo, trabajos extraordinarios en días laborables o festivos).

Por tanto, siempre que se cumplan estos requisitos, pesa sobre el órgano de contratación la obligación de realizar un cálculo del presupuesto base de licitación lo más exacto posible, con el fin de que todos los licitadores puedan conocer con la mayor exactitud posible el coste de la prestación (551), a la hora de formular sus ofertas.

Esta obligación, aplicable a este tipo de contrato de servicios y no exenta de dificultad, no puede eludirse optando por un cumplimiento meramente formal de la LCSP, esto es, con la mera inclusión en los PCAPS de cualquier estimación de costes salariales, ni invocando cláusulas del convenio colectivo aplicable, al amparo del artículo 101.2, párrafo último, de la LCSP, que impongan la aplicación del principio de igualdad efectiva entre hombre y mujer, o la aprobación de un plan de igualdad por las empresas incluidas en su ámbito funcional de aplicación, pues el artículo 100.2 de la LCSP contiene un mandato legal expreso dirigido al órgano de contratación, y circunscrito al cálculo del presupuesto base de licitación, mandato

(551) Resoluciones del TACRC números 1853/2021, de 16 de diciembre, y de 1625/2021, de 19 de noviembre, en las que se insiste en la necesidad de que, al amparo del artículo 100.2 de la LCSP, se realice en este tipo de contratos de servicios el desglose del coste laboral, en atención a las peculiaridades de éstos, puesto que, si no se hace así, se produciría indefensión de los posibles licitadores.



de contratación de discrecionalidad en tanto no quede acreditada la existencia de error en su apreciación (553).

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 (impuestos indirectos excluidos en partida independiente) (554), que deberá expresarse en euros (aunque podrá 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 (555), en el caso, por ejemplo, de que el pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones (caso de algunos contratos de suministro, en el que se puede valorar el valor residual del material que se sustituye).

No basta con que se adopte la práctica de recoger en los PCAPS una cláusula en la que se señale que la determinación del precio cierto se derivará del importe del presupuesto base de licitación, entendido como el límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, porque la determinación del precio cierto no puede entenderse suplida por dicho concepto ya que responden a conceptos distintos. Esta situación es

(553) Resoluciones del TACRC números 984/2018, de 26 de octubre, 1263/2019, de 11 de noviembre, 213/2022, de 17 de febrero, y 449/2022, de 21 de abril.

(554) Disposición adicional decimotercera de la LCSP sobre «Referencias al Impuesto sobre el Valor Añadido». Las referencias al Impuesto sobre el Valor 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.

(555) 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.

tanto mayor importante cuando se decide que el precio se formule en términos de precios «a tanto alzado» (556).

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 de la LCSP. 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 da una de las principales paradojas que se producen en la LCSP ya que, por un lado, el órgano de contratación ha de velar porque el importe sea adecuado al «precio general de mercado» (artículo 102.3), 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 (artículo 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, por su experiencia previa en adjudicaciones anteriores, que el precio es superior al de mercado.

(556) Resolución del TACRC número 885/2020, de 31 de julio, en la que analiza dichas condiciones en un contrato en el que el precio se abonará al contratista en virtud de la prestación realmente ejecutada, no pudiéndose anticipar el número de servicios o intervenciones que efectivamente serán prestadas. La cláusula controvertida que, aunque se establece un presupuesto de licitación total, sin embargo, no llega a fijarse un precio unitario máximo para cada una de las prestaciones incluidas en cada lote, lo que determina que los licitadores puedan presentar ofertas sin tener un límite máximo en cuanto al precio a ofertar, con claro incumplimiento de lo señalado en el artículo 102 LCSP, era la siguiente:

«El precio del contrato será el que resulte de la adjudicación que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de IVA, que en todo caso se indicará como partida independiente.

El sistema de determinación del precio se formula en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación. En el caso que se declaren las costas a favor de EMT, el adjudicatario minutará de forma libre al condenado en costas, recibiendo de EMT el excedente a lo ya facturado por este procedimiento, cuando el condenado proceda efectivamente al pago de las mismas.

La otra parte del precio consistirá en un variable correspondiente a las costas procesales en la parte que no hayan sido previamente abonadas, que se declaren a favor de EMT.

Con respecto a los Lotes 1 a 5, el precio del contrato consistirá en la suma de los precios unitarios pactados y devengados por la efectiva prestación de los servicios.

Con respecto al Lote 6, el precio del contrato consistirá en la suma de los precios unitarios pactados y devengados por la efectiva prestación de los servicios».



- Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública, 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 esta u otra Ley lo autorice expresamente.

Es preciso recordar que, a tenor del artículo 324.1.b) de la LCSP, los órganos de contratación de las entidades del Sector Público Estatal que tengan la consideración de poder adjudicador en virtud de lo establecido en el artículo 3.3 necesitarán la autorización del Consejo de Ministros cuando el pago del precio se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y el número de anualidades supere 4 años, salvo que se trate de contratos financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, según dispone el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

- 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 (artículo 102.3, párrafo segundo). Respecto de este asunto, ya se ha analizado la interpretación conjunta de este precepto con lo señalado en el artículo 100.2 inciso final de la LCSP en el apartado dedicada al «Valor Estimado», «Costes salariales parte del precio final» de esta Parte de la obra.

b) Modos de determinación

1. Sistemas habituales

Los sistemas de determinación del precio más comúnmente usados son el de precios unitarios y el de «tanto alzado». 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 de ventajas e inconvenientes a la hora de la elección del sistema de precio «a tanto alzado», pudiera dar lugar a que, en un momento ya insalvable, cuando se analicen las ofertas o proposiciones presentadas por los licitadores, se observase 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 (557) 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 (558).

El artículo 102.4 de la LCSP dispone que el precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En este último caso, a diferencia del sistema de precios unitarios, no hace falta medir la prestación toda vez que el precio es global y referido a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato.

2. Sistemas especiales

El artículo 102.6 de la LCSP dispone que, cuando la naturaleza y objeto de los contratos lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso.

En este tipo de precio la contrapartida, al cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debe ser la inclusión en los PACAPS de las penalidades a ejecutar sobre el propio precio en caso de que el contratista no atienda convenientemente el objeto del contrato, por ejemplo, en contratos en los que la remuneración de un contratista de mantenimiento de aeronaves pudiera depender de su capacidad de reacción ante una avería, de modo que pudiera reiniciarse cuanto antes el número de horas de vuelo programadas.

El artículo 102.7 de la LCSP dispone que, excepcionalmente pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedi-

(557) 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.

(558) Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Instituto de Gestión Sanitaria e Instituto de Mayores y Servicios Sociales), 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).

miento 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 que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.

En los contratos celebrados con precios provisionales no cabrá revisión de precios y 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 detallarán en el contrato el procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio, 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 (559). 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. A tal fin, es primordial que, en los PCAPS 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.

c) Revisión de precios

1. Concepto

La revisión de precios puede ser definida como «una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, que, salvo que se hubiese previsto su exclusión en los pliegos o en el contrato, opera de forma imperativa y que, atendiendo a la evolución futura de los costes estimados en un momento precedente, permite, mediante su aplicación, mantener el equilibrio económico del contrato durante el periodo de ejecución del mismo, protegiendo contra la pérdida del poder adquisi-

(559) Piénsese, por ejemplo, en la compra de sistemas de armas sujetos a la LCSPDS, o en el desarrollo de Programas Especiales de Armamento, excluidos de la LCSP por desarrollarse al amparo de convenios celebrados en el ámbito del artículo 346 del TFUE (artículo 5.1 de la LCSP).



periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos. El artículo 103.2 de la LCSP, párrafo primero, dispone que previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto 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, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a 5 años.

Dichos contratos, son los siguientes:

- Los que tengan por objeto la 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 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, es decir, al amparo de la LCSPDS.
- 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 SARA 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 la representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado (ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales), el asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado, los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público, los servicios jurídicos prestados por administradores,



do a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

El artículo 103.4 dispone que el PCAPS (564) deberá detallar, en caso de revisión de precios, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato (565) y la determinará en cada fecha respecto a la fecha de formalización del contrato, siempre que la formalización se produzca 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 formalización se produce con posterioridad.

El artículo 103.7 de la LCSP añade que las fórmulas tipo que se establezcan con sujeción a los principios y metodologías contenidos 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, reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los componentes básicos de costes relativos al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo.

El artículo 103.5 de la LCSP dispone que, salvo en los contratos de suministro de energía, cuando proceda la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe (566) y hubiesen transcurrido 2 años desde su formalización (567). No obstante, la condición relativa al

(564) 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 TRLCAP, 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 atenerse a este 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.

(565) Informe JCCA 59/2003, de 7 de junio de 2004.

(566) 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.

(567) 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.

porcentaje de ejecución del contrato no será exigible a efectos de proceder a la revisión periódica y predeterminada en los contratos de concesión de servicios.

La aplicación del mencionado artículo 103.5 ha planteado problemas en relación con su aplicación a los contratos mixtos de obras, que engloban la redacción del proyecto y la ejecución de la propia obra (568):

El primero de ellos, radica en el *dies a quo* o momento inicial para el cálculo del plazo de 2 años, si debe ser el de la fecha de adjudicación o el de la de aprobación del proyecto. A juicio de los autores de esta obra, debe atenderse a este último momento, el de la aprobación del proyecto de ejecución de la obra por la administración contratante, sin que los tiempos intermedios entre la adjudicación y la aprobación de este puedan tener relevancia para la revisión de precios por varios motivos: El primero, porque es en el momento de la aprobación del proyecto de ejecución cuando quedan fijados definitivamente los precios contradictorios de las obras, siendo característica de los contratos administrativos la necesidad de existencia de un precio cierto(569), en segundo lugar, porque, a tenor del artículo 231 de la LCSP(570), en el contrato de obras no cabe hablar de adjudicación sino existe previamente aprobación del proyecto, y, en tercer y último lugar, porque el artículo 234.3 in fine de la LCSP corrobora este planteamiento cuando señala que «En el supuesto de que el órgano de contratación y el contratista no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el último quedará exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho frente al órgano de contratación que el pago de los trabajos de redacción del correspondiente proyecto».

El segundo, surge como consecuencia de si el límite del 20 por ciento exento de la revisión de precios debe calcularse sobre la base del presupuesto del proyecto original o del modificado. A juicio de los autores de esta obra, ya que la normativa no contiene mención alguna en relación con la revisión de precios en los

(568) STS de 4 de marzo de 2020.

(569) Hasta entonces, los precios de redacción de proyecto, de ejecución de obra, y otros aspectos esenciales relativos al contrato de obras, no están determinados y están sometidos a una condición suspensiva que es la aprobación del proyecto por el órgano de contratación, aprobación que perfecciona el contrato en lo relativo a la ejecución de las obras.

(570) El artículo 231 de la LCSP dispone que «1. En los términos previstos en esta Ley, la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato. La aprobación del proyecto corresponderá al órgano de contratación salvo que tal competencia esté específicamente atribuida a otro órgano por una norma jurídica. 2. En el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra, la ejecución de esta quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por el órgano de contratación».



casos de modificación de proyectos(571), cabe señalar que el citado porcentaje se aplicará, una vez cumplido el requisito del transcurso del de 2 años a contar desde la aprobación del proyecto de ejecución, en función de cada presupuesto y cada tramo de obra, de manera que tanto el contrato inicial como el contrato modificado tendrán derecho a revisión de precios y a adaptarlos al precio de mercado en función de sus propias circunstancias y fechas(572).

El artículo 103.10 de la LCSP dispone que lo establecido en este artículo y en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, 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.

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(573).

4. Prescripción

Un aspecto muy importante para el contratista es el relativo a la posible prescripción de su derecho a reclamar la revisión de precios del contrato(574).

El artículo 105 de la LCSP dispone que «El 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. 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

(571) Por ello, en el plano teórico, es posible mantener dicha postura, aunque las situaciones fácticas que pueden presentarse pueden ser muy distintas.

(572) STS de 10 de febrero de 2020.

(573) STSJ de Castilla y León de 21 de marzo de 2013.

(574) Informe de la JCCA número 17/2017 en el que se analizaba la procedencia de la revisión de precios en contratos recepcionados y liquidados pero en los que el contratista no había incluido una solicitud de revisión de precios en cada una de las liquidaciones parciales del contrato y, en consecuencia, se planteaba si tal circunstancia producía el efecto de hacer desaparecer su derecho a la revisión de precios o si, por el contrario, tal derecho se conservaba hasta la liquidación final del mismo, e Informe JCCPE número 41/2018, de 10 de octubre.

forman parte, o, en su caso, de las liquidaciones finales del contrato. Por tanto, el derecho a solicitar de la Administración la revisión de precios del contrato puede ejercitarse, si no se pagan al tiempo de expedirse las certificaciones parciales mensuales o, posteriormente, hasta que tenga lugar la liquidación final. Por lo anterior, si el contratista ejercita este derecho durante la vigencia del contrato, antes del pago de la liquidación, su reclamación debe ser atendida por el órgano de contratación.

A esta conclusión no obsta el hecho de que se haya recepcionado o liquidado parcialmente el contrato respecto de alguna de las prestaciones que constituyen parte de su objeto. Esta conclusión se funda en que el contrato es uno y no ha finalizado pues, en este sentido, la naturaleza jurídica de una certificación parcial es la propia de un pago a cuenta (576). En consecuencia, la liquidación de cada una de las prestaciones solo puede considerarse como parcial y no produce el efecto que sí tendrá en su momento la liquidación final del contrato.

Las anteriores consideraciones demuestran que, cuando no hay liquidación final del contrato, siempre es obligación de la entidad contratante liquidar las cantidades pactadas por la revisión de precios debidas y no satisfechas durante la vigencia del contrato, pues siendo posible su pago hasta el momento de la liquidación final no debe perjudicar al contratista una omisión que solo cabe atribuir a la entidad contratante.

Ahora bien, aunque en el acto de liquidación el contratista no hubiera hecho expresa mención del derecho a la revisión de precios, solicitando la inclusión en la misma en concepto de «obligaciones pendientes», no cabe deducir que esa ausencia de manifestación supone una renuncia a su derecho a percibir las cantidades por dicho concepto (577). Efectivamente, la aceptación de la liquidación del contrato no supone la renuncia del contratista al derecho a reclamar los intereses de demora que, ciertamente, se devengan por ministerio de la Ley en cuanto se produce el retraso en el pago de las certificaciones de obra (578). Por ello, la falta de pago de los intereses de demora impide considerar extinguido el

(576) Las certificaciones parciales no son autónomas del contrato principal, por lo que no cabe interpretar que haya habido una aceptación 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, insistió, en definitiva, en valorar, a los efectos del cómputo del plazo de prescripción, un solo contrato de obra, y en que el inicio de aquel cómputo, en todas las obligaciones parciales de ese único contrato, se produce desde su liquidación definitiva.

(577) STS de 6 de abril de 2021 en la que se analizan los artículos 82, 200.4, y 218 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que se corresponden con ciertas diferencias con los artículos 105, 200.4 y 243 de la LCSP.

(578) SSTS, entre otras, de 5 de abril de 2017, de 24 de junio y 1 de octubre de 2019 y 27 de febrero de 2020.



contrato. En consecuencia, el contratista tendrá derecho a que se le reconociera la cantidad reclamada, con inclusión de los intereses legales sobre los intereses de demora vencidos desde la fecha de presentación del recurso contencioso-administrativo hasta la fecha de notificación de la sentencia, conforme al tipo previsto para cada anualidad.

En consecuencia, una posible prescripción del derecho a la revisión de precios pactada solo podría comenzar desde la notificación en forma legal de la liquidación definitiva del contrato al contratista, siempre que, lógicamente, en la misma no se contenga referencia alguna a la revisión de precios. Solo a partir de ese momento, la inactividad del contratista en la reclamación de las cantidades que contractualmente le corresponden puede perjudicarlo a los efectos de perder su derecho.

En cuanto al específico plazo aplicable en el supuesto de que se realice la liquidación final incumpliendo la obligación de pago de las cantidades procedentes en concepto de revisión de precios, lo que podrá conllevar las consecuencias que en cada caso proceda para la entidad contratante, hay que recordar que el derecho a la revisión de precios surge del pacto y no de la ley, debe constar en los PCAPS y en el contrato y tiene su fundamento en el principio de libertad de pactos. Teniendo la naturaleza propia de una obligación contractual, pero tratándose de un contrato administrativo, el plazo de prescripción del derecho a que se reconozca o a que se pague el crédito omitido es el que establece la LGP, contado a partir de la fecha en que se haya notificado la liquidación definitiva del contrato que incluya el reconocimiento del derecho. No se desconoce la referencia que el artículo 1964 del Código Civil hace a las obligaciones personales y a su plazo de prescripción general. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter de la LGP como ley especial, su referencia específica a otras leyes especiales (entre las que obviamente no se encuentra el Código Civil) y también el hecho de que el pago de las cantidades debidas ha de hacerse con cargo a fondos públicos, parece razonable pensar que el conflicto de normas se resuelva a favor de la LGP y que el plazo de prescripción sea el que esta específicamente contempla, por más que sin duda el contrato público instrumente una obligación de carácter contractual, aunque con notables especialidades por razón del interés público subyacente y de la presencia de una entidad del Sector Público en la relación jurídica.

5. Costes salariales

Sobre la figura de la revisión de precios, es preciso señalar que, por ejemplo, cuando se produce una alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista de servicios por causa del cambio en el convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público, se encuentra notablemente limitada, como ya se ha señalado, a los supuestos de revisión periódica y predeterminada en los términos previstos en el artículo 103.2, párrafo segundo, de la LCSP y en el artículo 7.3 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febre-



ro, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (579).

Por ello, para adaptar el contrato a las circunstancias expuestas en el ejemplo indicado, el órgano de contratación tendría que valorar, en el plano teórico, alguna de las siguientes posibilidades:

– La modificación del contrato:

No obstante, desde el punto de vista tanto de la Directiva 2014/24/UE como de la LCSP, se refiere no al precio sino al cambio del objeto del contrato, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante. Desde el punto de vista material, una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Por tanto, la variación de las circunstancias derivadas de la negociación colectiva laboral no debe ser soportada o absorbida por la entidad contratante pues esto no es un imperativo legal.

– El principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato:

Tampoco sería el medio para solventar dicha situación porque, aparte de que solo se contempla en las concesiones y no en el resto de los contratos, requiere no solamente que su economía haya resultado alterada, sino que la causa de esa alteración haya sido el *factum principis*, el ejercicio del *ius variandi* o la concurrencia de circunstancias calificables de hecho imprevisible (580).

– La denominada doctrina del riesgo imprevisible (581):

Tampoco resultaría la vía apropiada porque no se trata de la aparición de un riesgo anormal, que cercena el principio del equilibrio económico financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la Contratación Pública.

En conclusión, se estima que la variación de tales costes, como consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable, no justificaría la modificación del contrato, ya que estaría inmersa en el principio de riesgo y ventura que asume el contratista a la hora de ejecutar el contrato, sin perjuicio de lo que, a continuación, se va a señalar en relación con el contrato de obras.

6. Normativa estatal

Desde el 2 de marzo de 2022 ha entrado en vigor el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de

(579) Recomendación JCCPE de 10 de diciembre de 2018.

(580) STS de 20 de julio de 2016.

(581) STS de 18 de abril de 2008.

24 meses,, calculado de acuerdo con la fórmula de revisión de precios prevista en los PCAPS y, en caso contrario, a tenor de la aplicable, en función de la naturaleza de la obra, al amparo del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, exceda del 5 por ciento del importe certificado del contrato en ese mismo período.

El cálculo de dicho incremento se efectuará suprimiendo de la fórmula aplicable al contrato los términos que representan los elementos de coste distintos de los antes citados, e incrementando el término fijo, que representa la fracción no revisable del precio del contrato, en el valor de los coeficientes de los términos suprimidos, de forma que la suma de todos los coeficientes mantenidos más el término fijo sea la unidad.

En caso de que el contrato tuviese una duración inferior a 12 meses, el incremento del coste se calculará sobre la totalidad de los importes del contrato certificados. El periodo mínimo de duración del contrato para que pueda ser aplicable esta revisión excepcional de precios será de 4 meses, por debajo del cual no existirá este derecho.

Por Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, se podrán establecer otros materiales cuyo incremento de coste deba tenerse también en cuenta a los efectos anteriores.. La cuantía de esta revisión excepcional no podrá ser superior al 20 por ciento del precio de adjudicación del contrato.

Dicha cuantía no se tomará en consideración a los efectos del límite del 50 por ciento previsto en el artículo 205.2. de la LCSP, y en el artículo 111.2 del Real Decreto Ley 3/2020, ni a los efectos de otros límites sobre modificaciones previstos en la normativa anterior que fuese de aplicación al contrato.

El artículo 6.3 del mencionado Real Decreto-ley 3/2022 dispone que lo dispuesto en el Título II, relativo a las «Medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público», también será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden. En relación con dicho precepto, la JCCPE ha señalado (582) su carácter de normativa básica, razón por la cual ha formulado las siguientes conclusiones:

«1. Si una Comunidad Autónoma o una Ciudad Autónoma decide aplicar un sistema de revisión excepcional de precios para el caso descrito en el Real

(582) Informe JCCPE número 27/2022 sobre el carácter básico de la disposición contenida en el artículo 6.3 del Real Decreto-ley 3/2022.

Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, habrá de respetar las prescripciones básicas del Estado establecidas en aquel, sin perjuicio de la posibilidad de dictar disposiciones de desarrollo que se ajusten a la doctrina constitucional citada en el presente informe.

2. Los principios de «pacta sunt servanda» y de «riesgo y ventura» deben ser aplicados con carácter general, sin que quepan más excepciones que las que contempla la normativa básica estatal.

3. La decisión que adopte cada Comunidad Autónoma sobre la aplicación del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo vincula a las Corporaciones Locales de su propio ámbito de competencia».

Dicho Real Decreto-ley ha sido modificado (583) por la disposición final trigésima séptima del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, con la triple finalidad, por un lado, ampliar el ámbito de aplicación de la revisión de precios (extendiéndola a los contratos que estén en licitación, adjudicación o formalización a 31 de marzo de 2022, a los que el anuncio de adjudicación o formalización se publique en la PCSP en el periodo de 1 año desde el 31 de marzo de 2022, así como a los que el anuncio de licitación se publique en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en lo sucesivo, PCSP) en el plazo de un 1 desde el 31 de marzo de 2022 y cuyo PCAPS establezca una fórmula de revisión de precios), por otro, reconocer la revisión excepcional cuanto tenga un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización, esto es una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final, y, por último, modificar los criterios de cálculo para aplicar la revisión de precios desde el 1 de enero de 2021 o desde la primera certificación si esta fuera posterior.

7. Normativa autonómica

En los últimos meses dos Comunidades Autónomas (Galicia y Extremadura) han dictado diversas normas a través de las cuales buscan atajar los supuestos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos de obra pública y en determinados contratos (de suministros, servicios o mixtos), vinculados a la realización de obras.

La disposición adicional segunda de la Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, de la Comunidad de Galicia recoge en su disposición adicional única bis, sobre medidas aplicables a los casos de alteración

(583) Artículos 6.1, artículo 7.1, 8 apartados a) y b), y 9.1.

extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos de obra pública (584), arbitra las siguientes medidas:

- Solamente para obras licitadas antes de la entrada en vigor y con respecto a las variaciones en el costo de los materiales que produjeron desde el 1 de enero de 2021 hasta la fecha de solicitud como consecuencia de supuestos en que se haya producido una alteración extraordinaria e imprevisible en los precios de los materiales tenidos en cuenta en la formalización del contrato o, en su caso, en las modificaciones posteriores que tuvo el contrato.
- Los contratos de obras menores quedan excluidos de la aplicación de esta disposición.
- Se entenderá por alteración extraordinaria e imprevisible, a los efectos de esta disposición, una variación en los costos de los materiales, individualmente considerados, superior al 20 por ciento con respecto a los precios que por estos materiales se incluyan en el contrato, siempre que, por sí sola o en su conjunto, suponga una pérdida económica para el contratista superior al 6 por ciento del importe de la adjudicación del contrato o, en su caso, de su posterior modificación.
- Solo se tendrán en cuenta aquellos materiales que se incluyan en el Índice de Costes del sector de la construcción elaborado por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, cuyo importe, individualmente considerado, supere el 2 por ciento del presupuesto de ejecución material de la obra.
- Las medidas podrán consistir, primero, en una compensación económica al contratista consistente en la diferencia entre el costo de los materiales justificado por el contratista en su solicitud y el precio de los materiales incluidos en el contrato, incluyendo, por tanto, los porcentajes adoptados para conformar el presupuesto básico de licitación y el coeficiente de adjudicación, segundo, en una modificación de los materiales tomados en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base a la licitación, que permita una rebaja de sus precios y que no implique una merma en la funcionalidad de la obra en curso.
- Cuando no sea posible adoptar alguna de las medidas previstas, el órgano de contratación podrá optar por la resolución del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la LCSP. Cuando se produzca una situación que suponga un grave peligro, el órgano de contratación quedará legitimado a acudir al procedimiento de emergencia para la ejecución de la obra inacabada que permita garantizar la prestación del servicio público afectado, pudiendo imponer como condición a los nuevos contratistas la asunción de la parte de la infraestructura ya ejecutada y de todos los riesgos de construcción inherentes a ella.

(584) DOG número 251, 31 de diciembre de 2021.



La disposición adicional decimoquinta de la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2022, sobre medidas aplicables a los casos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos de obra pública (585), sigue, básicamente, el mismo esquema planteado en la citada Ley 18/2021.

Por su parte, las Comunidades Autónomas (586) han hecho uso de lo previsto en el artículo 6.3 del citado Real Decreto-ley 3/2022 en virtud del cual, lo dispuesto en el Título II relativo a las «Medidas en materia de revisión excepcional de precios en los contratos de obras del sector público», será aplicable en el ámbito de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla que así lo acuerden. En el Preámbulo del mencionado Real Decreto-ley 3/2022, se aclara que la decisión que tome cada Comunidad Autónoma alcanzará a las Entidades Locales existentes en su territorio. Sin embargo, a pesar de la claridad de lo señalado, se puede decir que hasta la fecha en las Comunidades Autónomas que se han decidido a adherirse al Real Decreto-ley 3/2022 hay para todo, ya que unas no hacen referencia a este tema (por ejemplo, Extremadura y Murcia), mientras que Cataluña, por ejemplo, efectúa un tecnicismo que busca preservar la autonomía local al indicar que «Este Acuerdo del Gobierno se aplicará a las universidades públicas y a las entidades locales, cuando lo acuerden sus órga-

(585) BOE número 20, de 24 de enero de 2022.

(586) El orden cronológico de su publicación en el Boletín o Diario Oficial correspondiente es el siguiente:

Extremadura: (Diario Oficial de Extremadura número 57, de 23 de marzo de 2022).

Castilla-La Mancha: (Diario Oficial de Castilla-La Mancha número 59, de 25 de marzo de 2022).

Islas Baleares: (Boletín Oficial de las Islas Baleares número 44, de 31 de marzo).

Murcia: (Diario Oficial de la Región de Murcia número 79, de 3 de abril de 2022).

Cataluña: (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña número 8643, de 7 de abril de 2022).

Aragón: (Boletín Oficial de Aragón número 69, de 8 de abril de 2022).

La Rioja: (Diario Oficial de la Rioja número 70, de 11 de abril de 2022).

Comunidad Valenciana: (Diario Oficial de la Comunitat Valenciana número 9318, de 12 de abril de 2022).

Andalucía: (Boletín Oficial Extraordinario de la Junta de Andalucía número 13, de 13 de abril de 2022).

Canarias: (Boletín Oficial de Canarias número 74, de 18 de abril de 2022).

Cantabria: (Boletín Oficial de Cantabria número 75, de 20 de abril de 2022).

Navarra: (Boletín Oficial de Navarra número 78, de 22 de abril de 2022).

Asturias: (Boletín Oficial del Principado de Asturias número 78, de 25 de abril de 2022).

Castilla León: (Boletín Oficial de Castilla León número 78, de 25 de abril de 2022).

Galicia: (Diario Oficial de Galicia número 82, de 29 de abril de 2022).

País Vasco: (Boletín Oficial del País Vasco número 82, de 29 de abril de 2022).

Madrid: (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 163, de 11 de julio de 2022).



nos competentes», y Castilla-La Mancha realiza una expresa extensión a las Entidades Locales de su ámbito territorial.

Por ejemplo, Cataluña ha aprobado el Acuerdo GOV/60/2022, de 5 de abril, para la aplicación en Cataluña de las medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras (587), en el que, dado que el artículo 103 de la LCSP vincula la revisión de precios para los contratos de obra, los contratos de suministro de equipamiento de armamento y los contratos de suministro de energía, o en contratos en que el periodo de recuperación de la inversión es igual o superior a 5 años, y que la modificación contractual no aparece vinculada a la revisión de precios, acuerda extender la aplicación de los artículos 6 a 10 del Real decreto ley 3/2022 de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan las normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y a la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras, a los departamentos de la Administración de la Generalitat de Catalunya y las entidades de su sector público, añadiendo que dicho Acuerdo será aplicable a las universidades públicas y a las entidades locales, cuando lo acuerden sus órganos competentes.

El Gobierno de Aragón aprobó, en un sentido muy parecido a Cataluña, el Real Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública en Aragón (588), pero matizando que las medidas excepcionales resultarán de aplicación en los contratos públicos de obras, administrativos y privados, en los contratos mixtos, en la parte relativa a la obra, así como en los contratos públicos de servicios y suministros necesarios para la ejecución de la obra pública, entendiéndose por tales, los contratos de conservación y mantenimiento de materiales siderúrgicos, materiales bituminosos, aluminio o cobre (Anexo I del Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas), y, además, por lo previsto en este Real Decreto-ley, del cemento, materiales cerámicos, madera, productos plásticos, áridos y rocas, y vidrio. A diferencia de Cataluña, contempla que pueda realizarse una modificación contractual a petición de la empresa adjudicataria de la obra, ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso y previo informe del responsable del contrato, para

(587) Diario Oficial de Cataluña número 8643, de 7 de abril.

(588) Boletín Oficial de Aragón número 69, de 8 de abril.



En relación con esta cuestión, es preciso insistir que, salvo en los supuestos específicamente incluidos en la LCSP, el artículo 29, como consecuencia de su ubicación en la misma, revela la voluntad de la norma de hacerlo aplicable a todos los contratos del Sector Público, de modo que, por ejemplo, en los contratos privados que celebre un Poder Adjudicador Administración Pública, resultará irrelevante la definición que se contenga en otras normas distintas de la LCSP, pues es esta la única que ha de tenerse en consideración a los efectos de calificar un contrato sujeto a ella y de perfilar la legislación que le resulta aplicable (592).

El artículo 35.1.g) de la LCSP dispone 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 PCAPS, 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.

B. Plazos

a) Generales

El artículo 29, distingue los siguientes supuestos:

- La duración de los contratos de suministro 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 5 años.

Sin embargo, al artículo 53 del Real Decreto-ley 36/2020 prevé que, excepcionalmente, en los contratos de suministro y de servicios de carácter energético se podrá establecer un plazo de duración superior al citado, con un máximo de 10 años, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones

(592) Informes JCCPE números 7/2020, 19/2020, y 30/2020, en relación con la duración de un contrato privado de seguros en los que se analiza la legalidad de fórmulas de duración del tipo «El contrato es anual y se prorrogará automáticamente cada año, salvo que cualquiera de las partes comunique por escrito a la otra su voluntad de no renovarlo [...]». Señala que si los contratos de seguro que celebran las Administraciones Públicas son contratos privados y si están sujetos a la LCSP en su preparación y adjudicación, aspectos a los que directamente afecta la duración del contrato, y sí, además, la propia ubicación sistemática del precepto exige ahora su aplicación a todos los contratos públicos (también a los privados), en la medida en que el artículo 29 de la LCSP limita la duración de los contratos de servicios a 5 años con carácter general, esta limitación temporal resulta también de aplicación a este tipo de contratos de seguro, cuya duración ha de estar delimitada en el PCAPS con pleno respeto al límite máximo legalmente establecido, lo que impide que se puedan acordar prórrogas ilimitadas.

fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290 de la LCSP.

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 estas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o por 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 PCAPS y en la LCSP, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión (artículo 29.6, último párrafo).

- La duración de los contratos menores no podrán tener una duración superior a 1 año ni ser objeto de prórroga. En relación con este tipo de contratos, como se analizará a continuación, la disposición final primera, Uno de la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, ha adicionado un apartado tercero al artículo 29.7 de la LCSP en virtud del cual los contratos menores de dirección de obras podrán tramitarse también como contratos menores, aun cuando su duración exceda del año previsto en el artículo 29.8 de la LCSP, siempre que cumplan los requisitos previstos en el artículo 118 de esta ley, que su duración no exceda de 30 meses y que el exceso sobre el año de duración venga justificado exclusivamente por la duración del período de garantía establecido en el contrato de obras principal y los trabajos relacionados con la liquidación de dicho contrato principal.

b) Contratos de servicios

El plazo máximo general señalado de 5 años podrá ser diferente, a tenor del artículo 29.4 y 7 de la LCSP, en los siguientes casos:

- 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 estas 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 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.

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.

Respecto al concepto de «contrato complementario», a juicio de los autores de esta obra, se vienen incluyendo en el mismo dos figuras jurídicas que, aunque comparten el elemento de la «accesoriedad», sin embargo, poseen naturaleza diferente y se encuentran sometidas a un régimen jurídico diverso:

Por un lado, las denominadas «obras complementarias» que no constituyen contratos complementarios y, por tanto, independientes, sino que son simples prestaciones accesorias de uno ya existente, el de obras, en el que se integran, quedando sometidas plenamente a su régimen jurídico.

Por otro, los «contratos complementarios estrictos» (artículo 29.7 en relación con el artículo 313.1.c) de la LCSP), esto es, los de servicios accesorios de los contratos de obras o de suministro, que, aunque tienen sustantividad, existencia y fin propio diferente del principal, correrán la misma suerte que el contrato principal al que están vinculados por razón de su

dependencia, porque carece de sentido que la prestación accesoria continúe ejecutándose cuando la principal se ha extinguido (594). Por ello no pueden tener una duración superior a la del contrato que le sirve de sustento y se extinguen por resolución del contrato principal. El cumplimiento de esta doctrina, por expresa disposición del Legislador, no es dispensable por parte de la Administración, ni la voluntad opositora del contratista a la resolución será obstáculo para su procedencia.

Por último, es preciso señalar que, a partir del 17 de junio de 2022, la disposición final primera, Uno de la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, dictada al hilo de las reformas estructurales demandadas desde la UE y sufragadas con el Fondo de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ha adicionado un apartado tercero al artículo 29.7 de la LCSP con la finalidad de agilizar la tramitación de determinados contratos complementarios, como son los contratos menores de dirección de obra. Dicho apartado dispone que los contratos de servicios complementarios de un contrato menor de obras podrán tramitarse también como contratos menores, aun cuando su duración exceda del año previsto en el artículo 29.8 de la LCSP, siempre que cumplan los requisitos previstos en el artículo 118 de esta ley, que su duración no exceda de 30 meses y que el exceso sobre el año de duración venga justificado exclusivamente por la duración del período de garantía establecido en el contrato de obras principal y los trabajos relacionados con la liquidación de dicho contrato principal (595).

(594) Memoria del Consejo de Estado ejercicio 2017, Apartado V sobre «Contratación Administrativa», e) «Sobre el concepto de contrato complementario», véanse los Dictámenes números 792/2017, de 20 de diciembre, en el que cita otros (Dictámenes 681/2009, de 21 de mayo; 651/2007, de 30 de mayo; 1905/2007, de 15 de noviembre, 2088/2008, de 12 de febrero de 2009).

Por ello no pueden tener una duración superior a la del contrato que le sirve de sustento (Ley de Contratos del Sector Público, artículo 303.2 y 4) y se extinguen con él [artículo 308.c)]. La extinción por resolución de un contrato principal comporta la del contrato complementario. Su cumplimiento no es dispensable para la Administración. La voluntad opositora del contratista a la resolución no obsta su procedencia. La rotunda previsión legal está justificada por la «accesoriedad» del objeto del contrato complementario. Carece de sentido continuar en el tiempo la prestación cuando desaparece su razón de ser, el contrato principal.

(595) Disposición transitoria primera. Expedientes de contratación a los que no será de aplicación lo previsto en esta ley.

«Las especificidades en materia de contratación pública que establece la presente ley no serán de aplicación a los expedientes de contratación que se hubieran iniciado con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor. A estos efectos, se estará a lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para determinar si un expediente de contratación ha sido iniciado».

b) Exclusión consentimiento tácito

En relación con la prórroga de los contratos, excluye la producida por el consentimiento tácito de las partes (597) (artículo 29.2, párrafo tercero, de la LCSP), y suprime la limitación que, hasta su entrada en vigor se producía (artículo 303 del TRLCSP), en el sentido de que las prórrogas no podían 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 máximo de 5, siempre con respeto a las condiciones y límites establecidos en las normas presupuestarias aplicables a la entidad contratante (598) y teniendo en cuenta las prórrogas previstas a la hora de dimensionar el valor estimado del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100.2.a) de la LCSP.

c) Contenido

El artículo 29.2 de la LCSP dispone que el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la LCSP.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con 2 meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el PCAPS que rija el contrato se establezca uno mayor.

Por tanto, la LCSP abandona la anterior formulación que realizaba el artículo 23 del TRLCSP que lo vinculaba únicamente a que el contrato no previera lo contrario.

En este sentido, el Legislador ha sido tajante a la hora de señalar respecto de todos los contratos públicos que, salvo en los casos específicamente previstos, no cabe otra solución que la vinculación de las prórrogas para el contratista, sea cual sea el tipo de contrato público bien administrativo o privado. La voluntad es clara en este sentido al haber ubicado, en el Libro Primero, el artículo 29.2 en virtud del cual la prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario porque el contrato público presenta la peculiaridad frente al contrato mercantil de que la entidad pública contratante dispone de una serie de facultades que desbordan lo que es habitual en la contratación privada. Una de ellas es la de decidir, conforme al interés público ínsito en todo contrato público, la continuidad del contrato por el tiempo prefijado en el pliego mediante una prórroga que resulta obligatoria para el contratista (599).

(597) Informes JCCA números 50/2004, 55/2004, y 57/2004, de 8 de julio, entre otros.

(598) Recomendación 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.

(599) Informe JCCPE número 7/2020.

del acuerdo marco, y se regirá por lo previsto en el artículo 29, relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, y por lo previsto en los PCAPS reguladores del acuerdo marco.

Solo podrán adjudicarse contratos basados durante la vigencia del acuerdo marco, tomándose como fecha relevante a estos efectos, en el caso de contratos basados que para su adjudicación de acuerdo con el artículo 221 requieran la celebración de una licitación, 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, y, en el caso de contratos basados cuya adjudicación no requiera la celebración de licitación, la fecha de la adjudicación del contrato basado.

Lo anterior presenta, a juicio de los autores de esta obra un problema interpretativo. Por un lado, el artículo 219.1 dispone que «uno o varios órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas, 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».

Sin embargo, teóricamente, sería posible que en el seno de un acuerdo marco, por ejemplo, de servicios de limpieza con una duración máxima de 4 años, se pudieran adjudicar, si no lo prohíbe expresamente el PCAPS, contratos basados que, en base al artículo 219.3 se fueran hasta un máximo de 5 años, puesto que dicho precepto dispone que su duración «será independiente de la duración del acuerdo marco, y se regirá por lo previsto en el artículo 29». Se podrá argumentar que estos contratos basados serían nulos de pleno derecho, al amparo del artículo 39.2.g) de la LCSP, por incumplimiento grave de normas de derecho de la UE en materia de Contratación Pública o vulneración de los principios rectores mencionados en el artículo 1 de la LCSP, pero, para evitar estas posibles situaciones, a juicio de los autores de esta obra, debería modificarse la redacción del citado artículo 219.3, párrafo primero, de la LCSP.

8. CÓMPUTO DE PLAZOS

A. Introducción

a) *Uso de medios electrónicos*

La LCSP insiste en el necesario empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos, y lo hizo dedicándose prácticamente a transcribir el artículo 22

de la Directiva 2014/24/UE (601) en la disposición adicional decimosexta que establece lo siguiente:

- 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 dis-

(601) En este sentido, el Considerando 52 de la Directiva 2014/24/UE dispone lo siguiente: «Los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior. Para ello, debe hacerse obligatoria la transmisión de anuncios en formato electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de la contratación y –tras un período transitorio de 30 meses– una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas. 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».



ponibles 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.
- 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 (602) e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos.
 - 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.
 - 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.
 - 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.

(602) Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.

- 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.
- 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 PCAPS.
- 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 ROLECE que corresponda.
- Cuando a la licitación se presenten empresarios extranjeros de un Estado Miembro de la UE 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 el Estado Miembro de la UE, o bien mediante la aportación de la documentación acreditativa de los citados extremos, que se deberá realizar, en este último caso, en el plazo concedido para la presentación de la garantía definitiva.

b) Envío de ofertas

La disposición adicional decimosexta.1.h) de la LCSP dispone 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.



En relación con el inciso final del párrafo primero de la citada disposición adicional, cuando dispone que «De no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada», se han planteado dudas sobre el sentido y alcance que ha de darse al término «remisión» pues resulta de indudable trascendencia ya que la consecuencia jurídica del no cumplimiento en el plazo señalado lleva consigo la renuncia o retirada de la oferta que iría vinculada a la huella (603), configurándose, en consecuencia, la presentación de la oferta mediante huella electrónica como una presentación condicionada a la remisión de la oferta en el plazo señalado (604).

En este sentido, el precepto hace referencia a dos fases con relevancia jurídica distinta, el del envío y el de la recepción de las ofertas. De la primera fase, tras el envío de la huella, se explicita que con su recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos. De la segunda, se señala el plazo de 24 horas para su envío una vez presentada la huella, pero sin especificar el plazo para su recepción, con lo que no cabe deducir que los efectos que se predicen de este segundo envío deban condicionarse a su recepción. Ahora bien, a juicio de los autores de esta obra, es preciso matizar dicha afirmación señalando que el envío, por un lado, ha de corresponderse, en general (605), exactamente con los requisitos técnicos e indicaciones del gestor del procedimiento electrónico que genera la huella electrónica de la oferta (606), y, por otro, debe realizarse siguiendo el formato exigido por la plataforma que genera la huella electrónica pues ello es absolutamente necesario para que pueda verificarse la correspondencia (607).

(603) Resoluciones del TACRC números 640/2019 y 146/2020, en las que señala que la obligación de complementar la oferta en plazo no constituye un defecto subsanable por lo que, en tal situación, el licitador deberá ser excluido de la licitación.

(604) Informe JCCPE número 44/2020.

(605) Resolución del TACRC número 769/2020, de 3 de julio, en la que analiza el régimen de comunicaciones entre el licitador y el órgano de contratación que, en este caso, se produjo, no a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público (en lo sucesivo, PCSP) como señalaba la resolución de subsanación, sino a través del sistema de registro único de la sede electrónica del propio órgano. En relación con este asunto, en la Resolución número 256/2019 se indicaba lo siguiente:

«Por otro lado, se debe indicar que, aunque se hubiera ordenado la presentación de todos los escritos mediante la Plataforma,... tampoco su presentación en la sede electrónica del órgano sería suficiente causa para la exclusión de la recurrente, al tratarse de un mero defecto formal que no impediría la recepción y conocimiento de su contenido por el órgano de contratación».

(606) De forma que, de lo contrario, procederá la exclusión de la licitación (Resolución del TACRC número 367/2019).

(607) En la PCSP el formato XML, no pudiendo presentarse bajo otros formatos que impidan verificar su correspondencia con la huella como el PDF (Resolución del TACRC número 545/2020).



en el perfil de contratante no resultará aplicable a las notificaciones practicadas con motivo del procedimiento de recurso especial en materia de contratación.

Los órganos de contratación y los servicios dependientes de los mismos velarán porque 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 (613) y las solicitudes de participación. Además, deberán garantizar que el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación no será conocido, respectivamente, hasta después de finalizado el plazo para su presentación y hasta el momento fijado para su apertura.

b) *Otros medios*

1. Presentación no electrónica de ofertas y solicitudes de participación

Lo ya señalado sobre la obligación del uso de la contratación electrónica como efecto del derecho subjetivo derivado del artículo 14 de la LPACAP, no se configura de modo absoluto e ineludible, sino que la propia disposición adicional decimoquinta admite excepciones, a las que se va a hacer referencia a continuación, y que deben ser aplicadas, como excepción a la regla general, de modo restrictivo y reglado, es decir, sin capacidad de apreciación alguna para el órgano de contratación, de modo que ha de quedar constancia inequívoca de que se dan los motivos que permiten exceptuar la obligación legal (614). Por ello, resulta necesario que exista en el expediente de contratación un informe específico en el que se expliquen las razones que concurren (615) ya que, sin el mismo, no puede exceptuarse la obligación de recibir las ofertas por medios electrónicos (616).

día del envío de la misma, no resulta de aplicación el inciso primero del párrafo segundo del apartado 1 de dicha Disposición Adicional 15.^a, sino el último («En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado»). De este modo, el acuerdo de exclusión se adoptó sin haber dado un plazo efectivo de subsanación de los defectos advertidos en la documentación previa.

(613) Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.

(614) Resolución del TACRC número 1200/2020, de 6 de noviembre.

(615) En relación con este aspecto, no puede esgrimirse para la no aplicación de medios electrónicos la ausencia de desarrollo reglamentario de la disposición final sexta de la LCSP («Habilitación normativa en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica») pues, sin perjuicio de que fuera recomendable, en ningún caso se establece como un presupuesto suspensivo de la eficacia de la obligación de tramitación de los procedimientos de contratación por medios electrónicos que, con carácter general, incumbe a las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las excepciones previstas por la ley.

(616) Resoluciones del TACRC números 1077/2018, de 23 de noviembre, 1291/2019, de 11 de noviembre, 1300/2019, de 18 de noviembre, y 230/2020, de 20 de febrero.



El informe ha de ser motivado, de manera que pueda concluirse de él que se da el supuesto excepcional que impide utilizar los medios electrónicos en la presentación de ofertas, con especificación suficientemente detallada, de las concretas circunstancias y de las características técnicas que, de acuerdo con el supuesto invocado, justifican no acudir a la presentación electrónica. La citada disposición adicional decimoquinta señala como causas excepcionales, para que pueda recurrirse a la presentación no electrónica, las que tienen que ver con diversas circunstancias que impidieren que las herramientas y dispositivos que debieran utilizarse no estuvieran disponibles de forma general y fueran incompatibles 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.

Además, los órganos de contratación no 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 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 electrónicas de los que disponen en general los operadores económicos o de los que se pueda disponer a través de otros medios de acceso alternativos.

2. Comunicaciones orales

La disposición adicional decimoquinta.2, párrafo segundo, de la LCSP dispone que 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.

C. Reglas generales de cómputo

La disposición adicional duodécima de la LCSP dispone 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 (617). 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 (618).

D. Último día de presentación de ofertas o solicitudes de participación

Las proposiciones podrán presentarse por medios electrónicos o por otros medios, resultando aplicable, en cada caso, lo ya señalado con anterioridad.

(617) 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.

(618) Artículo 30.5 de la LPACAP.

Es este entorno, el del cómputo del último día de presentación de ofertas o solicitudes de participación, el que suele plantear problemas muy críticos porque de la postura que se adopte depende la exclusión de los licitadores.

En un primer momento, hasta el año 2007, se defendía la postura, a juicio de los autores de esta obra más que razonable aunque carente de fundamento en la normativa española de Contratos del Sector Público (619), que se decantaba, al amparo del Reglamento Comunitario número 1182/1971, de 3 junio, sobre normas aplicables a los plazos, fechas y términos (620), 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», por admitir las ofertas o solicitudes de participación presentadas durante las 24 horas del último día (621). Con posterioridad esta postura fue matizada para distinguir 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» (622).

Fue en el año 2008 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, pasa a entenderse que se debería inadmitir una oferta que hubiese sido presentada el último día, pero fuera del marco horario fijado en los PCAPS y en el anuncio de licitación (623). Hasta tal punto fue el desconcierto producido por

(619) El artículo 1 del Reglamento Comunitario número 1182/1971, de 3 junio, sobre normas aplicables a los plazos, fechas y términos, dispone que «Salvo disposición en contrario, las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a los actos del Consejo y de la Comisión que hayan sido adoptados o que se adoptarán en virtud del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea o del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica».

(620) DOL número 124, de 8 de junio.

(621) Informe JCCA número 25/1989, de 18 de diciembre.

(622) Informe JCCA número 38/1999, de 12 de noviembre.

(623) Informe JCCA número 61/2007, de 24 de enero de 2008. Hasta tal punto fue el desconcierto producido por el cambio de criterio que la propia JCCA tuvo que emitir unos nuevos informes, a la vista de la aparente contradicción existente entre ambas doctrinas (Informes números 38/1999, 61/2007 y 23/2009, de 25 de septiembre, en «Consulta sobre plazo de presentación de proposiciones enviadas por correo»).

Informes JCCA números 38/1999 y el 61/2007.

el cambio de criterio que la propia JCCA tuvo que emitir un nuevo informe (624) a la vista de la aparente contradicción existente entre ambas doctrinas (625).

En esta situación se plantea actualmente esta cuestión. Por ello, a juicio de los autores de esta obra, lo más prudente sería que el órgano de contratación incluyera una cláusula en los PCAPS en la que se indicase sin la mínima duda, con independencia del uso de medios electrónicos o no, que los licitadores podrán presentar sus ofertas o solicitudes de participación a lo largo del último día en su integridad. Dependerá del propio licitador, en estos términos, arbitrar el medio para poder presentar válidamente su oferta o solicitud de participación.

9. PRINCIPIOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS LICITADORES

A. Aceptación incondicionada de los pliegos

a) *Planteamiento general*

El artículo 139.1 de la LCSP establece que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos 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, incluidas las de naturaleza técnica, sin salvedad o reserva alguna (626). Por lo que a los requisitos técnicos se refiere, debe valorarse, en el trámite del artículo 139 de la LCSP, si de la documentación aportada, de conformidad con el PCAPS, cabe deducir un incumplimiento claro que permita deducir, sin género de dudas, que la descripción técnica del producto o servicio ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego (627).

(624) Informe 23/2009, de 25 de septiembre, en «Consulta sobre plazo de presentación de proposiciones enviadas por correo».

(625) Informes JCCA números 38/1999 y el 61/2007.

(626) Resolución del TACRC número 1169/2019, de 30 de septiembre, en la que, declara inadmisibles la presentación de una proposición bajo condición cuando ello no se contempla expresamente en los pliegos, porque supone un acontecimiento futuro e incierto conforme la define el artículo 1113 del Código Civil, y es radicalmente incompatible con la fuerza vinculante de los pliegos (STS de 18 de mayo de 2005 y SAN de 16 de enero de 2003).

(627) Véanse por su interés estas Resoluciones:

- Resolución del TACRC número 608/2021, de 21 de mayo, en la que analiza la interpretación que se ha de dar al artículo 126.6 de la LCSP cuando dispone que en las prescripciones técnicas habrá que reflejar en todo caso la posibilidad de su cumplimiento con la mención «o equivalente», recordando que, para que proceda la exclusión del licitador por incumplimiento del pliego de prescripciones PPTS, este, en relación con la descripción técnica contenida en la

Ello responde al principio rector de no discriminación y de igualdad de trato (628), que es la piedra angular sobre la que descansan las Directivas Comunitarias de la Contratación Pública relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (629), y que claramente implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad, en primer lugar, en el momento de presentar sus ofertas, y, en segundo lugar, al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (630). El respeto de dicho principio rector 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. Como consecuencia de

oferta, ha de ser expreso y claro (Resolución del TACRC número 323/2020, de 5 de marzo), puesto que en el artículo 139.1 de la LCSP se dispone una presunción *iusuris tantum* de que los licitadores en sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Ello no quiere decir que las proposiciones hayan de recoger, expresa y exhaustivamente, todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa o el órgano asesor del órgano de contratación, puedan valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así, en caso de omisiones o de inclusión de términos que generen dudas, ha de aplicarse la referida presunción a favor del licitador y de la proposición que hubiese presentado.

- Resolución del TACRC número 1205/2018, de 28 de diciembre, en la que se señala que la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada del pliego, lo que ha de considerarse extensible a los requisitos técnicos (valga por todas la Resolución del TACRC número 549/2015, de 12 de junio). Sin embargo, en relación con este extremo, es preciso considerar que el cumplimiento de los requisitos exigidos en el PPTS no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse *ab initio* que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento (Resolución del TACRC número 560/2015, de 12 de junio). En este caso, sí cabe la exclusión del licitador (Resoluciones del TACRC números 246/2012, 91/2012, 90/2012, y 219/2011), pero no en el primero, porque no es razonable adivinar ni presumir que el adjudicatario, que ha asumido la obligación de ejecutar la prestación con arreglo a la legislación vigente vaya a incumplir dicho compromiso (Resoluciones del TACRC números 325/2011 y 19/2012).

(628) El TJCE ha desarrollado que los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a su jurisprudencia (Asuntos C-324/98 *Telaustria* (2000) REC I-10745, considerando 62, C-231/03 *Coname*, STJUE de 21 de julio de 2005, considerandos 16 a 19 y C-458/03 *Parking Brixen*, STJUE de 13 de octubre de 2005, considerando 49), «consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación».

(629) STJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universidad-Bau y otros*.

(630) STJCE de 25 de abril de 1996, *Comisión c. Bélgica*.



lo señalado, en general (631), las proposiciones que no se ajusten al contenido de los pliegos deban ser excluidas (632), incluso aunque éstos guarden silencio al respecto (633).

La aplicación de este principio posee una importante consecuencia derivada de que los pliegos no hubieran sido recurridos en tiempo y forma, pasando a consti-

(631) STJUE de 2 de mayo de 2019 ante una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano en relación con la exclusión de un licitador porque no indicó por separado los costes de mano de obra en su oferta económica, el Tribunal recuerda que, en general, no se opone al principio de igualdad de trato ni a la obligación de transparencia la exclusión de un operador económico del procedimiento de adjudicación de un contrato público como consecuencia del incumplimiento, por su parte, de una obligación expresamente impuesta, so pena de exclusión, por los documentos relativos a dicho procedimiento o las disposiciones del Derecho nacional vigente (véanse, por analogía, las SSTJUE de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, apartados 46 y 48; de 2 de junio de 2016, *Pizzo*, C-27/15, apartado 49, y de 10 de noviembre de 2016, *Ciclat*, C-199/15, apartado 30). Ahora bien, dichos principios deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la exclusión de un operador económico en base a una interpretación de dicha ley y de dichos documentos, así como de la integración, por parte de las autoridades o de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa nacionales, del contenido preceptivo de dichos documentos (STJUE 2 de junio de 2016, *Pizzo*, C-27/15, apartado 51, y Auto de 10 de noviembre de 2016, *Spinosa Costruzioni Generali y Melfi*, C-162/16, no publicado, apartado 32).

(632) Resolución del TACRC número 1162/2020, de 30 de octubre, en la que analiza la problemática, generada en un contrato de concesión de servicios relativo al servicio de restauración, en relación con el posible incumplimiento del artículo 139 de la LCSP por la presentación de la oferta sin sujetarse a la forma de presentación de la oferta referida a criterios evaluables mediante juicio de valor. Se exigía en los pliegos que las ofertas habrían de presentarse de forma electrónica, en un sobre electrónico en el que se incluirían aquellos documentos acreditativos citados en un anexo, que deberá ajustarse al modelo y aportarse un proyecto técnico. En lugar de ello, el adjudicatario facilita un acceso a la «versión demo» de una aplicación ofertada mediante el usuario y contraseña, lo que le permitió, más allá de lo previsto en los pliegos, ampliar la información ofrecida al órgano de contratación, y que el contenido de su oferta no quedara circunscrito a la información contenida en los correspondientes archivos electrónicos, sino que parte de la misma se alojaba en un sistema de almacenamiento externo. Tal circunstancia supone infracción de lo dispuesto en el artículo 139.1 (en cuanto al principio de igualdad véanse las Resoluciones del TACRC números 866/2016, de 28 de octubre, en la que se indicaba que la vía de la remisión a unos anexos supondría y permitiría una descripción de la oferta mucho más extensa y detallada lo cual supondría un trato desigual, y 474/2019, de 30 de abril, en la que abordaba la importancia de asegurar las formalidades en la presentación de proposiciones) y una quiebra del secreto de las proposiciones del artículo 139.2 de la LCSP, pues no queda garantizado dicho secreto en cuanto a la información que se almacena al margen de los archivos electrónicos presentados (con cita de la STJUE de 25 de abril de 1996, *Comisión/Bélgica*).

(633) Resoluciones del TACRC número 807/2020, de 10 de julio, con cita de las Resoluciones números 208/2014 y 737/2014.



tuirse en auténtica «ley del contrato». En este supuesto, si un licitador, con posterioridad al momento procesal oportuno (634), decidiera interponer el correspondiente recurso contra los pliegos, el mismo deberá ser inadmitido porque se entienden aceptados de manera incondicional al presentar su oferta (635), salvo que adolecieran de algún vicio de nulidad (636).

Las proposiciones presentadas por los interesados conllevarán la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el respectivo ROLECE o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la UE.

b) *Subsanación de errores*

En el apartado anterior se ha señalado que, en general, las proposiciones que no se ajusten al contenido de los pliegos deban ser excluidas, incluso aunque éstos guarden silencio al respecto.

(634) Resolución del TACRC número 31/2022, de 14 de enero.

(635) Resolución del TACRC número 1014/2020, de 28 de septiembre, con cita de las Resoluciones números 303/2012, 17/2013, 25/2013, 30/2013 y 167/2014 y STS de 8 de julio de 2009.

(636) Resolución del TACRC número 549/2018, de 8 de junio, después de recordar que «los Pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la *lex contractus*, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes (SSTS de 28 de febrero de 1962, de 21 de noviembre de 1972, de 18 de marzo de 1974, de 21 de enero de 1994, de 6 de octubre de 1997, de 4 de noviembre de 1997, de 27 de febrero de 2001, de 27 de octubre de 2001, de 18 de mayo de 2005, de 25 de junio de 2012, entre otras muchas; doctrina legal del Consejo de Estado, Dictámenes de 16 de octubre de 1997 y 8 de octubre de 2009; y Resoluciones del TACRC números 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 1020/2016, 740/2017, entre otras muchas), recuerda que dicha regla solo quiebra en los casos en los que los pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, los cuales pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior (SSTS de 28 de junio de 2004 y de 26 de diciembre de 2007; Resoluciones del TACRC números 69/2012, 241/2012, 21/2013, 437/2013, 281/2014, 830/2014). STS de 19 de mayo de 2021 que siguiendo la citada STS de 28 de junio de 2004 señala que «... la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho...».

En relación con ello, en la Séptima Parte de esta obra, se analiza la posibilidad de interponer un «recurso especial indirecto» consistente en impugnar por nulidad de pleno derecho una cláusula del PCAPS, por ejemplo, en el momento de conocer el acuerdo de adjudicación, a pesar de que aquéllos no fueron recurridos en su momento. Véanse las recientes Resoluciones del TACRC números 1591/2021, de 12 de noviembre, y 1678/2021, de 19 de noviembre.

No obstante, a juicio de los autores de esta obra, la afirmación categórica que acaba de realizarse ha de ser matizada cuando se producen determinados errores en la proposición presentada por un licitador.

Efectivamente, cuando se produjera un error en la formulación de la proposición, antes de decretar la exclusión automática de la misma, resulta preciso analizar si el mismo es evidente o ínfimo (637) ya que hay que valorar, en cada caso concreto, sus consecuencias jurídicas, a tenor de lo previsto en el artículo 84 del RGTRLCAP (exclusión de la proposición si no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable), y, en base a la jurisprudencia, si la subsanación de la proposición conllevaría o no una alteración sustancial de la misma (638). Por tanto, la interpretación del citado artículo 84 obliga a aproximar los conceptos de «error manifiesto» y «viabilidad de la oferta», siendo el elemento clave que la oferta sea viable jurídicamente. Para ello hay que analizar si la oferta, aun conteniendo el error, respeta los principios rectores de la Contratación Pública de igualdad de trato, de concurrencia, y de transparencia, de modo que solo será viable la oferta incurso en un error cuando sea posible su cumplimiento en las condiciones en que se realizó, sin alterar su cuantía o sus condiciones esenciales, sin perjuicio de la alteración que proceda respetando este límite infranqueable (639).

(637) Resolución del TACRC número 443/2019, de 25 de abril, con cita de las Resoluciones números 164/2011, 246/2011, 64/2012, 283/2012, 420/2014, 1145/2015, 535/2016, 137/2017, y 1209/2018.

(638) Resolución del TACRC número 605/2020, de 14 de mayo.

(639) Véase, como ejemplo de error ínfimo y por tanto subsanable, la Resolución del TACRC número 443/2019, de 25 de abril, en la que analiza la exclusión de un licitador que expresó su oferta económica (sistema coste-eficacia) de tres modos distintos:

- En la PCSP: 149.049,00, IVA excluido, 31.300,29 IVA, pero indicando un importe total de 180.349,00, cuantía incorrecta, ya que el importe correcto, IVA incluido, debería ser 180.349,29.
- Oferta expresada en cifra: 149.048,68, IVA excluido, más 31.300,22 del IVA.
- Oferta reflejada en letra: 149.052,13, IVA excluido, más 31.300,95 del IVA.

Véase también la Resolución del TACRC número 639/2020, de 21 de mayo, en la que admite la subsanación de la proposición de un licitador en la que, aunque se afirma el cumplimiento de la experiencia de los trabajadores adscritos al contrato, sin embargo, no se acreditaba en la forma exigida en los PCAPS, ya que la simple acreditación, ya reflejada en la propuesta, no modificaría en forma alguna los términos de la oferta pues no añade o incorpora ningún elemento a la misma, sino que se limita a acreditar de forma efectiva los elementos que ya configuraban la proposición inicial.

c) *Aclaración de proposiciones*

La STJUE de 29 de marzo de 2012 señala que «una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato», toda vez que «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 de 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» (640).

Sin embargo, el artículo 176.1, párrafo segundo, de la LCSP dispone que la mesa de contratación podrá 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 de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.

En función de lo señalado, se ha planteado la posibilidad de la admisión de aclaraciones en el entorno del principio de aceptación incondicionada de los pliegos por parte de un licitador que presenta su proposición.

Respecto a esta cuestión, es preciso indicar que, como ya se ha señalado a propósito de la subsanación de errores, será factible siempre y cuando la falta de comprensión de la proposición pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (641), de modo que la aclaración solicitada no pueda suponer, en ningún caso, una alteración sustancial de la misma (642). En todo caso, debe señalarse, a juicio de los autores de esta obra, que dicho trámite no puede ser instado después de haber dictado el acuerdo de adjudicación pues, llegado ese momento, solamente cabría la aplicación de la figura de la revisión de oficio de dicho acto a tenor de lo previsto en la LPACAP (643).

(640) Resoluciones del TACRC números 679/2016 y 21/2019.

(641) STJUE de 10 de diciembre de 2009, *Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión*, apartado 56.

(642) Resolución del TACRC número 531/2020, de 8 de abril, en la que señala que no debe excluirse a un licitador porque simplemente califique el contrato al que licita de manera dispar a como lo hace el PCAPS, sin que de las prestaciones que propone en su oferta técnica se desprenda claramente que no vaya a cumplir el contrato en los términos establecidos por el órgano de contratación.

(643) Resolución del TACRC número 316/2022, de 10 de marzo, a analiza un supuesto en el que el requerimiento de aclaración de la oferta que motiva la exclusión se realiza una vez adjudicado el contrato a la entidad licitadora, razón por la que se aprecia que en este caso se trata

d) *Confusión en la presentación de proposiciones*

Como ya se ha señalado, en general, las proposiciones que no se ajusten al contenido de los pliegos deban ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto.

Sin embargo, esta afirmación, a juicio de los autores de esta obra, debe ser nuevamente matizada (644). Cuando se produzca alguna irregularidad en la presentación de las proposiciones, por ejemplo, en el caso de que se introduzca determinada documentación en un sobre o archivo electrónico distinto al previsto en los pliegos (645), es preciso, antes de decretar la exclusión automática del licitador, valorar la posible concurrencia de las siguientes circunstancias porque la exclusión del licitador no es un criterio absoluto (646), toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación sino aquel que hubiera producido una indefensión real y no meramente formal (647), y que se hubiera menoscabado la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario

de una solicitud que resulta extemporánea, infringe las normas de procedimiento y los pliegos que rigen la licitación y contraviene las elementales exigencias de seguridad jurídica. Por tanto, el acuerdo de exclusión, dictado una vez adoptado el acto administrativo de adjudicación, así como el consiguiente acto de anulación de este último, son nulos de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 47.1.e) de la LPACAP. Por tanto, una vez adjudicado el contrato, para revisar de oficio o dejar sin efecto ese acto, hay que seguir los procedimientos de revisión establecidos en el Título V de dicha Ley. En definitiva, se debió proceder a la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación, con observancia de las garantías procedimentales legalmente establecidas y sujeción al principio según el que la revisión del acto no sea *in peius*, para, con retroacción de las actuaciones, proceder nuevamente a la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas y clasificar nuevamente a los licitadores por orden de puntuación con el fin de determinar cuál de ellas resultaba la adjudicataria.

(644) Resolución del TACRC número 574/2019, de 23 de mayo.

(645) Resolución del TACRC número 82/2022, de 20 de enero, con cita de las Resoluciones números 890/2014, 691/2017, 766/2019, y SSTJUE de 25 de abril de 1996, *Comisión/Bélgica*, y de 12 de diciembre de 2002, *Universidad-Bau y otros*.

(646) SAN de 6 de noviembre de 2012, sostiene la improcedencia de la exclusión de una entidad participante en la licitación por vulnerar el carácter secreto de las ofertas mediante la inclusión en los sobres 1 o 2 de documentos correspondientes al sobre 3, por cuanto resulta excesivamente formalista y contrario al principio de libre concurrencia el criterio automático de exclusión aplicado, pues para la producción del efecto excluyente se exige la comprobación de que dicha actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula. La simple comprobación del error en los sobres podrá, en todo caso, constituir una presunción *iuris tantum* de esa infracción, pero que, como tal, admite prueba en contrario.

(647) Resolución del TACRC número 233/2011, con cita de la STS de 20 de noviembre de 2009. SAN de 6 de noviembre de 2012, Dictamen del Consejo de Estado número 670/2013, de 11 de julio, y Resolución del TACRC número 1063/2017.



de los licitadores como valores que se tratan de preservar mediante el mantenimiento del secreto de las proposiciones (648):

- En general, cualquier acto que implique el conocimiento de las características de la oferta antes de que se celebre el acto público de apertura, debe desencadenar la exclusión del licitador (649).

No obstante, conviene hacer una matización cuando de lo que se está hablando es de la inclusión de determinados datos de la empresa a efectos de publicidad en los formatos utilizados para la presentación de la oferta. En estos casos, a juicio de los autores de esta obra, no cabría acordar su exclusión por dicho motivo, siempre que la información estandarizada se refiriera a aspectos generales correspondientes al ámbito curricular del licitador (650).

- El artículo 26 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, dispone que la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.

A estos efectos, el término «documentación» ha de ser interpretado a la luz de las normas previstas en el artículo 3 del Código Civil, en virtud de las cuales, en primer lugar, las normas se interpretarán según el «sentido propio

(648) Dictamen del Consejo de Estado número 670/2013, de 11 de julio.

(649) Resolución del TACRC número 67/2012 de 14 de marzo, aunque en la evolución de este criterio el Tribunal con anterioridad hubiese excluido en varias Resoluciones a los licitadores que cometieron tales errores (Resoluciones números 191/2011 y 295/2011, cuando se incluyó información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor, y 147/2011, cuando se incluyó información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos).

(650) Resolución del TACRC número 82/2022, de 20 de enero, en la que, en un caso en el que un licitador presentó su oferta en un formato en el que se reflejaba determinada información publicitaria y estandarizada de la empresa (logotipos, nombre comercial, capital social o referencia a la posesión de algunos certificados ISO o UNE) y que ocasionó que fuera excluido al entender el órgano de contratación que vulneraba el deber de secreto al desvelar datos relativos a criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas automáticas en el momento de proceder a valorar los basados en juicio de valor, señaló su improcedencia al no formar parte de la oferta ni, lo que es más importante, pueden prevalecer frente a esta o frente a la documentación aportada a la licitación. Sostener lo contrario, conllevaría, por ejemplo, hacer prevalecer la denominación o el capital social que figuren con carácter estereotipado frente a la documentación presentada en la licitación, y supondría considerar que ya no deberían ser aportados, de ser el caso, ni podrían ser objeto de mejora en el sobre que recogiera los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas automáticas.

de sus palabras». En este sentido, el término «documento» del que deriva el término «documentación» en su primera acepción, significa «escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo» (651). De acuerdo con ello, no hace referencia únicamente al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene, pues es esta información la que se puede introducir, con carácter anticipado e indebidamente, antes del momento en el cual ha de ser valorada de forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores (652).

- En conclusión, cuando ese adelanto de la información se produce y solamente en este supuesto, la prohibición del artículo 26 del citado Real Decreto 817/2009, será terminante y objetiva, de modo que no permita al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión– por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aun, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada (653), salvo que sea patente que los datos revelados no tienen influencia en el secreto debido de las proposiciones ni en la objetividad de los órganos de contratación, no afectando a la igualdad entre licitadores, en cuyo caso será procedente admitir las proposiciones (654).

B. Unicidad de la proposición

a) Planteamiento general

El artículo 139.3 de la LCSP consagra el principio de «proposición única» al disponer que cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de la admisibilidad de variantes (655) (artículo 142 de la LCSP) y de la presentación de nuevos precios en una subasta electrónica (656) (artículo 143 de la LCSP).

En relación con dicho asunto, es preciso insistir que lo que el mencionado artículo 139.3 proscribía es que un mismo licitador hubiera presentado, dentro del plazo para ello, dos proposiciones diferentes. Ahora bien, este supuesto es radicalmente distinto del que se produce cuando, dentro de dicho plazo, se presenta una doble proposición que no supone que se trate de proposiciones diferentes, antes bien, se trata de proposiciones idénticas con la salvedad de haber efec-

(651) <https://dpej.rae.es/lema/documento#:~:text=1.,como%20tales%20para%20probar%20algo>.

(652) Resolución del TACRC número 191/2011.

(653) Resolución del TACRC número 191/2011.

(654) Resolución del TACRC número 784/2018.

(655) Informe JCCA número 53/2007, de 24 de enero de 2008, para el caso de que dos empresas distintas, pero con los mismos socios, presenten sendas proposiciones.

(656) Artículo 143.1 de la LCSP.

tuado en la segunda proposición la subsanación o rectificación de algún extremo concreto, o cuando, temiendo que su oferta no hubiera sido subida correctamente a la PCSP, decidió presentarla de nuevo dando como resultado que se había producido una doble presentación (657). A juicio de los autores de esta obra, la mesa de contratación o el órgano de contratación, una vez que ha tenido noticia de dicho comportamiento (658) y que ha efectuado la correspondiente comprobación, solamente debería excluir las proposiciones cuando efectivamente hubiera llegado a concluir, sin ningún tipo de duda, que se trata de proposiciones diferentes presentadas por un mismo licitador (659).

En relación con el citado principio de «proposición única», surge la duda interpretativa sobre el alcance que ha de darse al término «proposición» (660). Así ocurriría, por ejemplo, cuando el licitador, dentro del plazo previsto para ello, presenta un archivo electrónico y, a la vista, del fallo en la carga de algunas pági-

(657) En la Resolución del TACRC número 663/2022, de 2 de junio, con cita de las Resoluciones números 485/2021, y 438/2022, en la que se plantea el supuesto de la empresa TADEM FC, S.L. «que, temiendo que su oferta (presentada el 18 de abril de 2022 a las 18:03:11 horas) no lo hubiera sido correctamente, decidió presentarla de nuevo (a las 23:02:35 del mismo día), comprobando tras consultar con el Servicio de Soporte de la PLACSP y con el órgano de contratación, que se había producido una doble presentación».

(658) Resoluciones del TACRC números 218/2020, de 13 de febrero y 1243/2020, de 20 de noviembre, en las que señala que el licitador que haya presentado una doble oferta debe comunicar por un medio fehaciente al órgano de contratación dicha circunstancia.

(659) Resoluciones del TACRC números 485/2021, de 30 de abril, en la que analiza el caso de presentación de dos ofertas por un licitador pero que en plazo retira una de ellas, y 438/2022, de 7 de abril, en la que se plantea la presentación de una doble proposición para la adjudicación de determinados lotes y, una vez hecho esto, el licitador se percató de que había cometido un error consistente en haber anexado un documento indebidamente en alguno de ellos y haber omitido otro en lotes diferentes, sin que hubiera encontrado otra solución para subsanarlo en plazo en la PCSP que presentar una segunda proposición, idéntica a la primera salvo en lo referente a los errores indicados. En ambas resoluciones se llega a la misma conclusión, basándose en lo indicado en la Resolución número 349/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en el sentido de que no debería haberse procedido a excluir al licitador ya que no se trató del supuesto previsto en el artículo 139.3 de la LCSP que prohíbe que se presenten por un mismo licitador dos proposiciones diferentes. Para llegar a dicha conclusión razona que la LCSP no contiene ninguna prevención sobre el particular, regulando únicamente las consecuencias específicas para el caso de retirada de las ofertas una vez iniciado el procedimiento de licitación y concluido el plazo de presentación. Por ello, no tiene sentido impedir que se corrijan, sustituyan o retiren documentos antes de que transcurra el plazo de presentación, momento en que los licitadores quedan vinculados por las ofertas presentadas y no antes. No se puede hablar de una doble presentación de ofertas cuando la recurrente expresamente ha retirado una de ellas de la licitación, habiendo sido presentada válidamente la otra.

(660) Resolución del TACRC número 512/2019, de 9 de mayo.



nas, remite otro señalando cuál es la causa de haberlo hecho previa consulta al secretario de la mesa de contratación.

Por tanto, a juicio de los autores de esta obra, procede intentar delimitar dicho alcance en base a las siguientes consideraciones:

- El término «proposición», es decir, la «acción o efecto de proponer» (661), es sinónima en nuestro Derecho del concepto «oferta», cuyo concurso con la aceptación, sobre la cosa y la causa que hayan de constituir el contrato, manifiesta el consentimiento de ambas partes.
- En el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, la proposición se formula en varios archivos o sobres, normalmente electrónicos, a tenor de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.
- Por ello, cuando el artículo 139.3 de la LCSP se está refiriendo a la prohibición de la presentación de más de una «proposición» por cada licitador, se está refiriendo a su contenido material, es decir, a la manifestación de las condiciones en que, a tenor de los PCAPS, el licitador se ofrece a realizar la prestación o prestaciones objeto del contrato, sin que sea sostenible confundir «proposición» con plica o con los archivos o sobres en que se contiene.

De este modo, si la mesa de contratación procediera a excluir a un licitador por dicha causa, sin realizar ningún tipo de comprobación en torno a comprobar que efectivamente el licitador ha presentado más de una oferta (662), a juicio de los autores de esta obra, estaría vulnerando la normativa sobre Contratación Pública y conculcando los principios rectores que la presiden, en particular el de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (663).

(661) <https://dle.rae.es/proposici%C3%B3n>

(662) En la Resolución del TACRC número 663/2022, de 2 de junio, que cita la número 485/2021, se señala que «se considera que en el caso de existencia de dos proposiciones de una misma empresa y que no constase indicación fehaciente de la licitadora, en puridad la actuación más ajustada con el principio de concurrencia sería que la Mesa procediera a la apertura de las proposiciones y en el caso de detectar diferencias en las proposiciones presentadas por dicha empresa y advirtiera que son diferentes y no reiteración de la misma, entonces acordase su exclusión, pero la admita en el caso de que se tratara de proposiciones idénticas».

(663) El TJCE ha desarrollado que los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a su jurisprudencia (Asuntos C-324/98 *Telaustria* (2000) REC I-10745, considerando 62, C-231/03 *Coname*, STJUE de 21 de julio de 2005, considerandos 16 a 19 y C-458/ 03 *Parking Brixen*, STJUE de 13 de octubre de 2005, considerando 49), «consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación».

Por último, 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 exclusión.

b) Doctrina del «levantamiento del velo»

En relación con el citado artículo 139.3 de la LCSP, que consagra el principio de «proposición única», surge, a juicio de los autores de esta obra, una de las herramientas que pueden contribuir a fomentar la corrupción en la Contratación Pública. No es infrecuente que la mesa de contratación observe que existen vínculos entre las personas físicas que actúan en nombre de diferentes personas jurídicas sin que estas formen parte de un mismo grupo empresarial. Por ejemplo, en un contrato se podría advertir que el mismo licitador, que presenta como empresario individual una oferta, aparece actuando como administrador solidario de una empresa que también presenta oferta. En estos casos, el artículo 149.3 de la LCSP se limita a señalar, en casos de ofertas anormalmente bajas, 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 concurren en UTE.

Por ello, vienen formulándose las siguientes consideraciones:

- El mero hecho de que concurren dos empresas vinculadas a un procedimiento de licitación, sin que quepa probarse que pertenecen al mismo grupo empresarial, no puede identificarse con la vulneración del principio de «proposición única», pues ambas poseen personalidades jurídicas distintas.
- Tampoco puede identificarse la vulneración del principio de «proposición única», cuando quien licita como empresario individual sea administrador de una persona jurídica y como tal suscriba la oferta presentada por esta en la misma licitación.
- No obstante, se reconoce la preocupación que subyace en este tipo de comportamientos cuando, además, por ejemplo, al no exigirse como regla general la garantía provisional los licitadores, una vez que conocen el orden de adjudicación y antes de que se proceda a dictar el correspondiente acuerdo, deciden retirar determinadas ofertas.



En la práctica no resulta nada fácil de probar estas situaciones, razón por la cual se busca fundamentar en indicios, a juicio de los autores de esta obra, excesivamente ocasionales (664).

En conclusión, a juicio de los autores de esta obra, debería impulsarse una reforma legislativa que permitiera aplicar la doctrina del «levantamiento del velo» cuando, bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas, se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma decisión empresarial (665).

c) Admisión de variantes

El artículo 142.1 inciso primero de la LCSP dispone que, cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores, siempre que se prevean en los PCAPS y en el anuncio de licitación. El artículo 142.2, párrafo primero, de la LCSP añade que, en este último caso, en el anuncio de licitación del contrato se precisará sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

En este sentido, en caso de que existiera duda sobre la interpretación de dichos pliegos y, por tanto, sobre la posibilidad de admisión de variantes, el licitador debería haber procedido a recurrirlos en el momento procesal oportuno (666) ya que, a juicio de los autores de esta obra, de no ser así, solamente cabe esta alternativa de entender que, a tenor del artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de la proposición supone la aceptación incondicionada de los mismos, o de intentar deducir la admisión de las variantes a la vista del modo en el que se han ponderado los diferentes criterios de adjudicación (667). Esta última posibilidad resulta, en general, tremendamente dificultosa.

El inciso segundo del artículo 142.1 de la LCSP señala que se podrán tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato. Estas precisiones podrán hacer

(664) En la Resolución del TACRC número 1278/2019, de 11 de noviembre, con cita en la Resolución número 659/2019, se apuesta por acudir a la constatación de una relación de control entre las empresas, sin importar su forma, citando como indicios, por ejemplo, la presentación de ofertas el mismo día con cinco minutos de diferencia, idénticos datos de contacto, o idéntico domicilio social de ambos licitadores.

(665) Resolución del TACRC número 950/2015.

(666) Resolución del TACRC número 31/2022, de 14 de enero.

(667) Resolución del TACRC número 682/2018, de 12 de julio, en la que cita las resoluciones números 175/2011 y 704/2016.

del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), como respecto a la tramitación del expediente (artículo 56.5 de la LCSP). El incumplimiento del acceso a la información contenida en el expediente, aparte de revestir un carácter meramente instrumental vinculado a la debida motivación de la resolución como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, dará lugar a la apertura de un nuevo plazo para completar correctamente el mismo. En este sentido, el derecho de acceso tendría que extenderse solamente a aquellos aspectos no notificados pero que resultaran necesarios para fundar adecuadamente la reclamación (670).

b) Poder adjudicador Administración Pública

1. Contenido

En el Libro Segundo de la LCSP, en el que se regulan los contratos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública, es donde se realiza una regulación más completa del principio de confidencialidad, que puede afectar, como se señalará a continuación, tanto al órgano y a la mesa de contratación como al propio contratista (671).

El artículo 133.1 dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en lo sucesivo LTAIP, y demás leyes dictadas en el ámbito de las Comunidades Autónomas) y de las disposiciones contenidas en la LCSP relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta.

(670) Resolución del TACRC número 801/2020, de 10 de julio, con cita de las resoluciones números 852/2014, 131/2015, 655/2017, 149/2018, y 153/2019.

(671) Resolución del TACRC número 422/2022, de 7 de abril, en la que, con cita de la resolución número 1136/2020, recuerda que el artículo 133 de la LCSP recoge una doble vertiente del principio de confidencialidad. Por un lado, en el primer apartado, se analiza la obligación de confidencialidad que incumbe a los órganos de contratación, en relación con la información aportada por los licitadores en el proceso de licitación. En el inciso segundo, se hace referencia a la obligación de confidencialidad del adjudicatario.

El carácter confidencial afecta, entre otros, a los siguientes aspectos:

- A los secretos técnicos o comerciales (672), entendida como aquella documentación que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (673).
- A los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores.

El derecho de acceso se ha de ceñir a lo que constituye el expediente, tal y como este viene definido en el artículo 70 de la LPACAP, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada (674).

El deber de confidencialidad del órgano de contratación, así como de sus servicios dependientes, normalmente la mesa de contratación, no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario (675) 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 (676). Únicamente podrá extenderse a documentos que tengan una difusión restringida, y en ningún caso a documentos que sean públicamente accesibles, es decir, la confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (677).

Para ello, aunque el artículo 133 LCSP constituye al órgano de contratación en garante del derecho de confidencialidad que corresponde al licitador, sin embargo, es preciso significar que también le corresponde a este la facultad de verificar si dicha declaración de confidencialidad responde a la necesidad de salvaguardar un secreto comercial o industrial (678). En este sentido, dicho deber de confi-

(672) Resolución del TACRC número 47/2013, de 30 de enero.

(673) Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero.

(674) Resolución del TACRC número 732/2016.

(675) Resolución del TACRC número 926/2020, de 26 de agosto, en la que analiza la denegación de la confidencialidad de la documentación presentada en la licitación ya que coinciden con la totalidad de la oferta, lo que se opone a la LCSP (artículo 133).

(676) Resolución del TACRC número 62/2012, de 29 de febrero.

(677) Resolución del TACRC número 393/2016.

(678) Resolución del TACRC número 422/2022, de 7 de abril, en la que, con cita de la resolución número 56/2015, señala que «la declaración de confidencialidad es así –al menos como

dencialidad 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 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Como ya se ha señalado, el deber de confidencialidad también afecta al propio contratista. El artículo 133.2 de la LCSP señala que el contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato, a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que, por su propia naturaleza, deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de 5 años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor que, en todo caso, deberá ser definido y limitado en el tiempo.

El artículo 138.2 de la LCSP dispone, en concordancia con lo previsto en la disposición adicional decimoquinta 4, que el acceso no electrónico a los PCAPS y demás documentación complementaria de la licitación estará justificado, entre otros supuestos, por razones de confidencialidad, en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 133.

2. Acuerdo de adjudicación

En relación con este deber de confidencialidad, que afecta al órgano de contratación y que se plantea procedimentalmente con anterioridad al momento de realizar la adjudicación a favor del licitador que ha presentado la mejor oferta, a juicio de los autores de esta obra, hay que distinguir otra obligación que pende sobre el mismo órgano pero que, ya no se refiere estrictamente a lo que el licitador haya declarado como secreto o reservado al presentar su oferta, sino a determinados extremos que no deben ser comunicados a terceros en la notificación del acuerdo de adjudicación dirigido al resto de licitadores. En este sentido, es preciso recordar que el mencionado artículo 133.1 consagra el deber de confidencialidad respecto de lo manifestado por el licitador en su oferta, pero ello lo hace «Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la infor-

regla— presupuesto necesario, pero no vincula al órgano de contratación que debe comprobar si los extremos que los empresarios han señalado como tales merecen tal calificación (cfr. Resoluciones 516/2015, 46/2015, 710/2014), y, al mismo tiempo, asegurar el equilibrio entre los intereses en conflicto, esto es, entre el derecho al secreto de la información comercial o técnica relevante y el derecho a la defensa de los competidores que no han resultado adjudicatarios (cfr. Resoluciones 131/2015, 119/2015, 863/2014, 710/2014, 45/2013). Los principios expuestos son proclamados en la Sentencia del TJCE, Sala Tercera, de 14 de febrero de 2008, Asunto C-450/06)».

mación pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores...». En relación precisamente a las disposiciones contenidas en la LCSP relativas a la publicidad de la adjudicación, el artículo 155.3 dispone que, respecto a la información que han de facilitar los órganos de contratación a cada candidato y licitador sobre las decisiones tomadas en relación con la adjudicación del contrato, «Los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos, mencionados en los apartados 1 y 2, 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». Por tanto, cuando, como suele ser frecuente, algún licitador, al recibir la notificación del acuerdo de adjudicación, reclame el acceso a la información de determinados extremos que han servido para seleccionar la mejor oferta, a juicio de los autores de esta obra, el órgano de contratación no debe acceder a ello directamente, en base a que por la vía del artículo 133.1 de la LCSP el adjudicatario no hiciera expresa reserva al presentar su oferta (679), sino que debe comunicar esa petición de información al adjudicatario para que, motivadamente, señale si el acceso a la citada información por parte de otros licitadores pudiera «perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada empresa, pública o privada, o perjudicar la competencia leal entre empresarios».

Una vez efectuado dicho trámite, el órgano de contratación, por supuesto en el ejercicio de sus funciones discrecionales, decidirá si la divulgación de la mencionada información vulneraría el derecho del adjudicatario contenido en el precitado artículo 155.3.

Precisamente en relación con esta facultad que debe ejercitar el órgano de contratación, a juicio de los autores de esta obra, es preciso insistir en estos extremos de la mano de la doctrina del TJUE (680):

- La decisión de un poder adjudicador, por la que se deniega a un licitador la comunicación de la información considerada confidencial que figura en la oferta de otro operador económico, constituye un acto que puede ser objeto de recurso, no resultando contrario al derecho de la UE que un Estado miembro, en cuyo territorio se desarrolle el procedimiento de adjudicación del contrato público, establezca que debe interponerse un recurso administrativo previo antes de acudir a la vía judicial (artículos 1.1, párrafo cuarto, 1.3 y 5, y 2.1.b) de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa

(679) Resolución del TACRC número 422/2022, de 7 de abril, en la que señala que la solicitud de declaración de confidencialidad, producida con posterioridad al momento de presentación de las ofertas, no puede entenderse que sea extemporánea.

(680) STJUE de 7 de septiembre de 2021.

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).

- Un poder adjudicador, ante el que un licitador haya presentado una solicitud de comunicación de información considerada confidencial que figura en la oferta de un adjudicatario, no está obligado a comunicar esa información cuando su transmisión lleve a infringir las normas del Derecho de la UE relativas a la protección de la información confidencial, aun cuando dicha solicitud se presente en el marco de un recurso administrativo previo interpuesto en relación con la legalidad de la apreciación, por el poder adjudicador, de la oferta del adjudicatario.

Cuando se niegue a transmitir esa información o cuando, al tiempo que deniegue tal transmisión, desestime dicho recurso administrativo, el poder adjudicador estará obligado a ponderar el derecho del solicitante a una buena administración con el derecho del competidor a la protección de su información confidencial, de modo que su decisión denegatoria o su decisión desestimatoria esté motivada y el derecho a la tutela judicial efectiva del licitador excluido no quede privado de efecto útil (artículos 1.1, párrafo cuarto, y 1.3 y 5 de la Directiva 89/665/CEE, y 21 de la Directiva 2014/24/UE).

- El órgano jurisdiccional nacional competente que conoce de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador, por la que se deniega la comunicación a un licitador de la información considerada confidencial que figura en la documentación transmitida por el adjudicatario o bien de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se desestima el recurso administrativo previo interpuesto contra esa decisión denegatoria, está obligado a ponderar el derecho del licitador demandante a la tutela judicial efectiva con el derecho del adjudicatario a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales. A tal efecto, ese órgano jurisdiccional, que debe disponer necesariamente de toda la información requerida, confidencial o no, para poder pronunciarse con pleno conocimiento de causa sobre si dicha información puede comunicarse, debe proceder a un examen de todos los elementos de hecho y de derecho pertinentes. También debe poder anular la decisión denegatoria o la decisión desestimatoria del recurso administrativo previo si estas son ilegales y, en su caso, devolver el asunto al poder adjudicador, o incluso adoptar por sí mismo una nueva decisión si su Derecho nacional lo autoriza (artículos 1.1, párrafo cuarto, y 1.3 y 5, de la Directiva 89/665/CEE, y 21 de la Directiva 2014/24/UE, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE).

En el indicado sentido, dicho órgano jurisdiccional nacional puede apartarse de la apreciación realizada por el poder adjudicador sobre la licitud del com-



de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno como en la LCSP (artículo 63.3, en general, y el artículo 321 respecto a un No Poder Adjudicador, concretamente, respecto a los principios de publicidad y de transparencia a los que debe someterse el Organismo Público, a la obligación de publicar en el perfil del contratante el anuncio de licitación, a la selección del contratista, y a los sistemas de racionalización de la contratación que puedan celebrarse).

- Respecto a la combinación del citado principio de transparencia con el de confidencialidad y a la aplicación preferente de este último, en relación con determinados documentos contractuales en los procedimientos de adjudicación de un No Poder Adjudicador, deberá tener en cuenta, en primer lugar, si el licitador ha hecho alguna indicación sobre el carácter secreto de determinados documentos, y, en segundo lugar, si la declaración de tal confidencialidad se ha acordado por el propio No Poder Adjudicador, acudiendo para valorar tal declaración a criterios interpretativos de qué se entiende por confidencial, pudiendo al efecto servirse supletoriamente de lo previsto en el artículo 133 de la LCSP(682).

2. Publicación de datos protegidos

Más concretamente, respecto de la publicación de determinados datos protegidos, como por ejemplo el DNI o firma manuscrita de empleados públicos que prestan servicios en un No Poder Adjudicador, es preciso ponderar su naturaleza. Así, en el caso del DNI, se trata de un dato personal protegido, a tenor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, razón por la cual su tratamiento sin consentimiento del afectado, cuando no haya norma legal que lo habilite, es contrario a derecho (683).

(682) Sobre este particular, la doctrina del TACRC, fundamentada en la STJUE de 14 de febrero de 2008, es la siguiente:

- la declaración del licitador no es vinculante, y
- el órgano de contratación debe, posteriormente a la presentación de la oferta (Resolución número 916/2015, de 9 de octubre), comprobar si los extremos que los empresarios han señalado como tales merecen dicha calificación (Resoluciones números 710/2014, 46/2015, y 516/2015) y, al mismo tiempo, asegurar el equilibrio entre los intereses en conflicto, esto es, entre el derecho al secreto de la información comercial o técnica relevante y el derecho a la defensa de los competidores que no han resultado adjudicatarios (Resoluciones números 45/2013, 710/2014, 863/2014, y 131/2015).

(683) Informe de la Agencia Española de Protección de Datos número 0334/2008, que se refiere a la finalidad que tienen el DNI, recogida en el Real Decreto 1553/2005, de 23 diciembre, por la que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha señalado en este sentido que, además, el dato del DNI no es relevante a los efectos de alcanzar el objetivo de transparencia que preside la LTAIP (684), toda vez que el mismo se cumple con la identificación realizada a través de la publicación de los nombres y apellidos y, en su caso, la identificación del acto de nombramiento de los firmantes que ocupan un cargo público en el marco de cuyas competencias firman el correspondiente contrato o convenio.

Por lo que se refiere al acceso por terceros a la firma manuscrita de un determinado cargo público, que actúa en el ejercicio de su competencia, es preciso señalar que, en general, deberá tratarse de implementar, como buena práctica, su supresión y sustitución por alguna diligencia explicativa en la que se refleje que el original ha sido efectivamente firmado.

10. LA PARTE CONTRATANTE

A. Órgano de contratación

a) *Concepto*

El órgano de contratación es una figura que se ha relacionado tradicionalmente con la competencia que en materia de contratación posee un Poder Adjudicador Administración Pública.

Ahora, en la LCSP se utiliza el término «órganos competentes», cuando se aborda la regulación de la Contratación Pública desarrollada por un No Poder Adjudicador (artículo 321), pero también el de «órganos de contratación» (por ejemplo, en el artículo 324.1) para describir a los órganos con competencia para celebrar contratos por cuenta de un Poder Adjudicador Administración Pública y de un Poder Adjudicador No Administración Pública.

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.

(684) Criterio Interpretativo (CI/004/2015), el 23 de julio de 2015, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

b) *Tipología*

Desde el punto de vista de su composición, el artículo 61.1 de la LCSP dispone que 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.

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP, cabe distinguir:

– Poder Adjudicador Administración Pública:

Reconoce en el artículo 323 unos órganos de contratación con «competencia originaria» (ministros, secretarios de estado (685) y juntas de contratación en los departamentos ministeriales, presidentes o directores de los organismos autónomos (686), y directores generales de las distintas 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 o de la delegación, al amparo del artículo 61.2 y 325 de la LCSP, en cuyo supuesto se hablaría de una «competencia derivativa».

– Poder Adjudicador No Administración Pública:

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, a tenor del artículo 61.2 de la LCSP, 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

(685) Artículo 62.2.e) de la LRJSP.

(686) 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».

Respecto de esta competencia se considera que dentro de dicho importe se encontrarán incluidos los impuestos indirectos que puedan gravar la operación (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 adhiciese al sistema de contratación centralizada (Informe JCCA número 73/2009, de 23 de julio de 2010).

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.

– No Poder Adjudicador:

En el supuesto de contratos celebrados por entidades del Sector Público que no son poderes adjudicadores, el artículo 323.6 de la LCSP 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.

Al igual que lo ya ha sido señalado, se podrán desconcentrar o delegar, al amparo del artículo 61.2 de la LCSP, dichas competencias siempre que se establezca así en el respectivo apoderamiento.

c) Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses

1. Planteamiento general

El artículo 64.1 de la LCSP dispone que los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

El artículo 64.2 de la LCSP dispone que, a estos efectos, el concepto de conflicto de intereses (687) abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación. Aquellas personas o entidades, que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

Sobre el alcance del artículo citado 64 de la LCSP, en relación con determinados licitadores que han sido personas físicas que en un tiempo anterior hubieran estado prestando servicios en el órgano de contratación en tareas similares a las que se licitan (relación laboral, estatutaria o funcionarial), o que son ads-

(687) Sobre la relación entre el principio de igualdad y la prevención de posibles conflictos de intereses, véanse las Resoluciones del OARC números 18 y 70/2015, y 31/2017.

critas a la ejecución del contrato por los contratistas, es preciso puntualizar lo siguiente (688):

- Hay que distinguir el supuesto del artículo 62 del que se contiene en el artículo 71.1.g) de la LCSP, ya que mientras este último se refiere a 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, por el contrario, el supuesto del artículo 62 se refiere a los licitadores que fueran personas físicas y que, en el momento de la convocatoria o en el de la adjudicación del contrato, mantuvieran o hubieran mantenido una relación laboral, estatutaria o funcionarial viva con la Administración.
- El conflicto de intereses es un concepto independiente y autónomo, que supone la existencia de vinculaciones personales o de otra índole, y que es susceptible de afectar al componente de imparcialidad que debe presidir la actuación del órgano de contratación, razón por la cual le corresponde examinar la concurrencia de tales circunstancias y adoptar las medidas oportunas, con independencia de que de dicha situación se derive la existencia o no de una prohibición de contratar (689).

Dicha situación no puede presumirse de forma automática, sino que el conflicto ha de ser real y, en consecuencia, las medidas que se adopten para evitarlo deberán ser proporcionadas, evitando un falseamiento de la competencia entre los licitadores concurrentes y garantizando siempre entre ellos la igualdad de trato (690). Por ello, será necesario realizar ese estudio de detalle

(688) Informe JCCPE número 4/2021.

(689) Informe JCCPE número 16/2019.

(690) La jurisprudencia del TJUE, en el ámbito de los conflictos de intereses (por todas, SSTJUE de 28 de febrero de 2018, Asunto T292/15 y 19 de mayo de 2009, Asunto C-538/07), señala que las infracciones de las que pudieran derivarse vulneraciones al principio de igualdad de trato exigen que:

- El riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración de la proposición y de las situaciones del licitador.
- El poder adjudicador debe ejercer su deber de diligencia, con la finalidad de apreciar y verificar la existencia de un riesgo real de prácticas que puedan menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores. En particular, el poder adjudicador está obligado, en

lo que supondrá indagar sobre si se han infringido alguno de los principios rectores que rigen la Contratación Pública (691).

2. Comportamiento a seguir

El verdadero caballo de batalla para la mesa y el órgano de contratación es cómo actuar cuando se observan indiciariamente determinados comportamientos que pudieran poner de manifiesto prácticas colusorias (por ejemplo, al apreciar que las ofertas presentadas por ciertos licitadores tienen un formato y tipología similar o que, incluso, comparten domicilio social).

Generalmente, ningún órgano de contratación sabe cómo actuar. No es de extrañar por lo que a continuación se va a exponer. Algunos, sin embargo, deciden que la mesa de contratación continúe con la tramitación, para dar tiempo al estudio más pormenorizado de los indicios advertidos, efectúe la correspondiente propuesta de adjudicación y, una vez tomado criterio sobre los indicios, proceder a suspender el procedimiento a tenor del artículo 150.1, párrafo tercero, de la LCSP y a trasladar el asunto al correspondiente servicio de defensa de la competencia. Finalmente, cuando el citado servicio emite su informe, el órgano de contratación procede a decretar la exclusión de los licitadores implicados.

Dicho comportamiento no resulta acorde con lo previsto en la LCSP porque, aunque el marco jurídico aplicable (692) califica como irregular o inaceptable una oferta que muestre indicios de colusión, sin embargo, los efectos de la suspensión del procedimiento de contratación, acordada al amparo del citado artículo 150.1, párrafo tercero, no han sido fijados hasta la fecha porque la disposición

cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los mismos.

- La obligación de diligencia implica la de examinar, minuciosa e imparcialmente, todos los elementos relevantes del asunto de que se trate.

(691) Comunicación de la Comisión Europea, relativa a las herramientas para combatir la colusión en la Contratación Pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (DOUE 2021/C 91/01, de 18 de marzo).

(692) TFUE; Directiva 2014/24/UE a lo largo de su articulado y en consonancia con la jurisprudencia del TJUE, establece medidas cuyo fin se dirige a garantizar la libre competencia (artículos 57.4.d), 57.6); LCSP (artículos 69.2, referido a una UTE, 132.1 y 3, 139.3, 150.1, párrafo tercero, aunque conforme a lo previsto en la disposición final decimosexta, tercer párrafo, este último precepto entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria que en él se refiere, 167 e) referido a los procedimientos de licitación con negociación, con abiertos o restringidos seguidos previamente, y 96.4 para contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición); y Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y sus normas de aplicación y desarrollo, que, aunque no son normas de contratación, integran a efectos interpretativos la LCSP y sus normas de desarrollo.

final decimosexta de la LCSP dispone que «entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo».

Por tanto, hasta que dicho desarrollo reglamentario se produzca, los órganos de contratación deben ser extraordinariamente prudentes, a juicio de los autores de esta obra, a la hora de decidirse a excluir a los licitadores sobre la base de indicios de posibles prácticas colusorias (693).

B. Perfil de contratante y plataforma de contratación del sector público

a) Conceptos

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, primero la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 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.

Ahora la LCSP efectúa una nueva modificación de esta figura contractual, ampliando su contenido, de modo que se cerrara, al menos en parte, la brecha informativa (694) que existía entre las obligaciones que venían impuestas por

(693) Resolución del TACRC número 60/2021, de 22 de enero.

(694) 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 LTAIP señala que deberán publicar, en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web, 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.

el TRLCSP y por la LTAIP (695), llegando incluso a constituirlos, en determinados casos, en desencadenante de la invalidez del propio contrato (696).

Respecto a la citada brecha informativa, es preciso señalar que actualmente el artículo 8.1 de la LTAIP va más allá que el artículo 63.3 de la LCSP, pues el órgano de contratación tiene una obligación de publicidad activa más amplia en relación con los datos relativos a otros instrumentos a través de los que, en su caso, se haya publicitado el contrato, y respecto a los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la LCSP.

El perfil de contratante, según el artículo 63 de la LCSP, 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 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.

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.

(695) Nota del Ministerio de la Presidencia, sin fecha (anterior al 10 de diciembre de 2014 sin duda y a la segunda quincena del mes de noviembre por lo que en el mismo texto se indica respecto a que «La funcionalidad para la publicación de la información de los contratos menores en la Plataforma de Contratación del Sector Público estará operativa durante la segunda quincena del mes de noviembre»), sobre «Ley de Transparencia y publicidad de los contratos menores» establece lo siguiente: El artículo 8.1 a) de la LTAIP dispone con respecto a la publicidad de los contratos públicos obligaciones más amplias que las que establece el TRLCSP: El acceso a la PCSP desde el Portal de Transparencia es una solución muy conveniente: Respecto a los contratos menores resulta preciso habilitar un mecanismo para su publicación en la PCSP: La PCSP unifica la publicación de información por parte los órganos de contratación de modo que pueda incorporarse en el Portal de Transparencia con las ventajas que dicho mecanismo conlleva: Afirma que «es preciso señalar que entre los contratos menores a publicar en la Plataforma de Contratación del Sector Público no se incluirán aquellos que se hayan tramitado mediante anticipos de caja fija».

(696) 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».

Junto a la figura del perfil de contratante existe la PCSP pero con una finalidad diferente a la de aquel (697). El artículo 347.1 y 2 de la LCSP dispone que a su través 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 este se encuentre alojado en la PCSP. 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 (698).

b) Perfil de contratante

1. Formato y confidencialidad

El acceso a la información del perfil de contratante será libre, no requiriendo identificación previa. No obstante, podrá requerirse esta para el acceso a servicios personalizados asociados al contenido del perfil tales como suscripciones, envío de alertas, comunicaciones electrónicas y envío de ofertas.

El artículo 63.1, párrafo segundo, de la LCSP dispone que 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 no inferior a 5 años, sin perjuicio de que se permita el acceso a expedientes anteriores ante solicitudes de información.

El artículo 63.7 de la LCSP dispone que el sistema informático que soporte el perfil de contratante 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 (artículo 63.7 de la LCSP).

(697) 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».

(698) Informe JCCA número 72/2008, de 31 de marzo de 2009.

El artículo 63.8 en relación con el artículo 154.7 de la LCSP dispone que 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. En todo caso, cada vez que el órgano de contratación decida excluir alguna información de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá justificarlo en el expediente (artículo 63.8, párrafo segundo, de la LCSP). Respecto de este asunto, es preciso tener presente lo ya señalado con anterioridad en esta obra en relación con la publicación de determinados datos protegidos, como por ejemplo el DNI o firma manuscrita de empleados públicos (699).

2. Información general

El artículo 63.2 de la LCSP dispone que, 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, se incluirán el número de fax, dirección postal y dirección electrónica, informaciones, anuncios y documentos generales, tales como las instrucciones internas de contratación (700) y modelos de documentos.

3. Información mínima

La información que ha de ser publicada en el perfil de contratante del órgano de contratación se recoge en el artículo 63.3, 5 y 6 de la LCSP que ya no realiza una enumeración meramente orientativa como se recogía en el artículo 53 del TRLCSP (701), sino de mínimos e imperativa en relación con los siguientes aspectos:

- Memoria justificativa del contrato.
- Informe de insuficiencia de medios, en el caso de contratos de servicios.

(699) Informe de la Agencia Española de Protección de Datos número 0334/2008, que se refiere a la finalidad que tienen el DNI, recogida en el Real Decreto 1553/2005, de 23 diciembre, por la que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.

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

(701) «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».

- Justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación, cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido.
- PCAPS y el PPTS 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.
- Anuncios de información previa, de licitación, de adjudicación (702), y de formalización del contrato. Respecto de este última, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 154.7 de la LCSP que en sus dos últimos párrafos señala que 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. 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.
- Modificaciones contractuales 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.

(702) Resolución del TACRC número 20/2010, de 1 de diciembre, sobre la no sustitución del anuncio respecto a la obligación de notificación a los candidatos o licitadores.

de adjudicación, incluido el IVA, así como la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad de este.

Quedan exceptuados de esta publicación los contratos menores cuyo valor estimado fuera inferior a 5.000 euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar (704) para realizar pagos menores.

Además, como ya se ha señalado, es preciso señalar que actualmente el artículo 8.1 de la LTAIP va más allá que el artículo 63.3 de la LCSP, pues el órgano de contratación tiene una obligación de publicidad activa más amplia en relación con los datos relativos a otros instrumentos a través de los que, en su caso, se haya publicitado el contrato, y respecto a los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la LCSP.

4. Publicidad de la contratación menor

Respecto a la publicación de los contratos menores, se han planteado dos cuestiones:

– Sobre la forma de llevarla a cabo:

La LCSP, como ya se ha expuesto en esta obra, considera que la publicidad y la transparencia de los procedimientos contractuales son principios rectores a los que necesariamente debe ajustarse la Contratación Pública. Así lo establece con nitidez en su artículo 1, que recoge una idea que resulta asimismo patente en el artículo 18 y en los artículos 48 y siguientes, así como en el Considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE. En esta línea, en el mencionado artículo 63.4 de la LCSP se prevé la necesidad de implementación de dichos principios en la contratación menor.

Todas estas reglas constituyen una evolución con respecto a la normativa anterior y tienen su origen y fundamento en la regulación de la transparencia en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 5.1 de la LTAIP señala, como regla general, que los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación deberán publicar de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. El apartado 4 del mismo artículo añade que la información mencionada deberá publicarse de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Esta última consideración se convierte en una obligación taxativa en el caso de los contratos públicos en la LCSP.

(704) A juicio de los autores de esta obra, se considera un sistema análogo al sistema de anticipo de caja fija el establecido en la Orden de 23 de septiembre de 1999, por la que se desarrolla el Real Decreto 2723/1998, de 18 de diciembre, por el que se regula la autonomía en la gestión económica de los centros docentes públicos no universitarios.

to para la publicación de los contratos menores, que va más allá del simple perfil de contratante del propio órgano de contratación.

- Realizar una publicación en el perfil del contratante que ofrezca una información suficiente a los ciudadanos.
 - Facilitar el acceso público íntegro a los datos legalmente exigidos y hacerlo de modo que pueda ordenarlos por adjudicatario.
 - Usar formatos abiertos y reutilizables.
 - Garantizar, más allá del cumplimiento formal del requerimiento de facilitar datos trimestrales, que se ofrece una información entendible, estructurada y clara sobre cualquier periodo de tiempo, sea este mayor o menor que el trimestre, que permita acceder a los datos de forma agregada, y realizar una consulta pública coherente y suficiente.
 - Cumplir el resto de las obligaciones que impone la LTAIP.
- Sobre el momento en que debe efectuarse la publicación de los contratos menores, se ha planteado la duda sobre si el *dies a quo* deberá coincidir con la resolución de adjudicación o con la orden de pago de la factura, a la vista del artículo 118.4 que se remite al artículo 63.4 de la LCSP.

En relación con el citado asunto, a juicio de los autores de esta obra (707), deberían interpretarse los mencionados preceptos, teniendo en cuenta las características especiales que poseen los contratos menores, en el sentido de tomar como *dies a quo* la fecha de presentación de la correspondiente factura por parte del contratista y, en caso de que el contrato tuviese una duración continuada a lo largo de un año o parte de él, a partir del momento en que hubiese sido emitida la primera de las facturas ya que es entonces cuando se entiende acreditada la existencia del contrato a los efectos de su publicidad, sin que sea necesario esperar a que el contrato esté terminado para que exista constancia de su existencia en los términos establecidos legalmente.

c) *Plataforma de Contratación del Sector Público*

1. Planteamiento general

Como ya se ha señalado, el artículo 347.1 de la LCSP dispone que la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Función Pública

(707) Informe JCCPE número 46/2008, sin perjuicio de que la Instrucción 1/2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (en lo sucesivo, OIRESCON), considera como momentos relevantes a los efectos de la publicación de los contratos menores otros dos hitos del procedimiento: el compromiso del gasto y la comunicación de la adjudicación al contratista.

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 (708), así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos (709).

El artículo 347.2 de la LCSP dispone los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del Sector Público Estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la PCSP, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de esta (710). En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la PCSP.

El artículo 347.3 de la LCSP dispone que las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla podrán establecer servicios de información similares a la PCSP en los que deberán alojar sus perfiles de contratante de manera obligatoria (711), tanto sus propios órganos de contratación como los de sus entes, organismos y entidades vinculados o dependientes, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de los mismos y constituyendo estos servicios un punto de acceso único a los perfiles de contratante de los entes, organismos y entidades adscritos a la Comunidad Autónoma correspondiente.

Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla que no hubieran optado por establecer sus propios servicios de información, y alojen, por tanto, sus perfiles del contratante directamente en la PCSP, podrán utilizar todos los servicios que ofrezca la misma, así como participar en su gestión en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan y de acuerdo con los convenios que a tal efecto se suscriban entre el Ministerio de

(708) 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 la Directiva 2004/18/CE, como el espacio virtual de contacto entre los órganos de contratación del Sector Público y los interesados, y cuya alta se establece como obligatoria para todos los órganos de contratación.

(709) En el Resumen de Actividades 2019 de la Dirección General de Patrimonio del Estado (página 132) se facilitan estos datos de la PCSP:

- 18.302 Perfiles de Contratante (2.252 más que en el 2018, +14,03 por ciento).
- 1.840.051 anuncios de licitación (> 60,25 por ciento): 80 por ciento no electrónicas (48 por ciento por importe), y 20 por ciento electrónicas (52 por ciento por importe), de los que el 49 por ciento corresponden al procedimiento abierto simplificado.

(710) 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.

(711) 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.

Hacienda y Función Pública y el órgano de Gobierno de la respectiva Comunidad o Ciudad Autónoma.

En cualquier caso, e independientemente de la opción elegida por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, 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 PCSP.

En relación con la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, en caso de una eventual discrepancia entre la información recogida en el servicio de información de la Comunidad Autónoma y la de la PCSP, prevalecerá la primera.

Los órganos de contratación de las Administraciones locales, así como los de sus entidades vinculadas o dependientes podrán optar (712), bien por alojar la publicación de sus perfiles de contratante en el servicio de información que a tal efecto estableciera la Comunidad Autónoma de su ámbito territorial, o bien por hacerlo en la PCSP.

El artículo 347.4 de la LCSP dispone que la PCSP 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.

El artículo 347.5 de la LCSP dispone que, la publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante, surtirá los efectos previstos en la LCSP cuando los mismos estén alojados en la PCSP o en los servicios de información similares que se establezcan por las Comunidades Autónomas o las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y de conformidad con

(712) STC de 18 de marzo de 2021 por la que se declara la inconstitucionalidad del inciso «de forma exclusiva y excluyente» del artículo 347.3, párrafo 5, de la LCSP señalando lo siguiente:

«El precepto en cuestión tiene como fin primordial, al igual que el precedente párrafo tercero, garantizar los principios de transparencia y publicidad de los anuncios de licitación (STC 237/2015, FJ 8). Por esta razón lo básico en este caso es la exigencia de la publicación por parte de los entes locales de sus perfiles en una plataforma de contratación. Esta exigencia se satisface con la publicación en cualquiera de ellas, la estatal o la autonómica, o en ambas. Lo que no puede considerarse básico es la exigencia de que la opción sea “de forma exclusiva y excluyente”. Así entendido, el precepto garantiza los principios básicos de publicidad y transparencia, y no impide a la comunidad autónoma desarrollar prescripciones de detalle en relación con la publicación de los perfiles de los órganos de contratación de sus entidades locales. Procede, pues, declarar contrario al orden constitucional el inciso “de forma exclusiva y excluyente” del párrafo quinto del artículo 347.3 LCSP. Esta declaración, en este caso, sí lleva aparejada la nulidad, pues los destinatarios del precepto no son otros que los órganos de contratación de las Administraciones locales y a ellos corresponde realizar la opción de forma no condicionada».

en los PCAPS lo que, indudablemente, impediría tener en consideración la documentación remitida (714).

Por esta razón, en general, el *dies a quo* del plazo de subsanación de la documentación ha de ser el de la fecha de la comunicación que, a través de la PCSP, estado «enviado» en el que el licitador puede acceder a la comunicación electrónica correspondiente directamente en el correo facilitado por él mismo mediante un enlace *ad hoc*, con independencia de la fecha en que el licitador acceda al contenido de la misma, siempre que se cumpla la condición de que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación.

C. Portal de Transparencia

a) Planteamiento previo y publicidad activa

Como ya se ha señalado, el artículo 8.1 de la LTAIP va más allá que el artículo 63.3 de la LCSP, pues el órgano de contratación tiene una obligación de publicidad activa más amplia en relación con los datos relativos a otros instrumentos a través de los que, en su caso, se haya publicitado el contrato, y respecto a los

(714) Informe JCCPE número 2/2018 en que se señala que «establecida la obligación para todos los licitadores de presentar electrónicamente las proposiciones, no tiene sentido la aplicación del otorgamiento de un trámite de subsanación para aquellos que, incumpliendo la obligación legal, presentan la documentación en papel, beneficiándose de algún tipo de ventaja, como una posible ampliación singular del plazo para presentar las proposiciones por la vía exigida legalmente. Aun en el caso de que la documentación se hubiera presentado con anticipación a la terminación del plazo de presentación de la documentación, los principios señalados de publicidad, transparencia, igualdad de trato y no discriminación, unido a la necesaria seguridad jurídica, postulan un tratamiento común a todos los licitadores, de forma que sea en el momento de valoración de toda la documentación, cuando la mesa o el órgano correspondiente determine la exclusión de las proposiciones que incumplan lo dispuesto en la Ley y en el pliego, en particular por el incumplimiento de la obligación de presentación electrónica de la documentación, sin aplicar el trámite de subsanación previsto en el artículo 68.4 de la Ley 39/2015. Finalmente, y a mayor abundamiento, recogida en el pliego la exigencia de la presentación electrónica de las ofertas de acuerdo con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la obligatoriedad de su presentación por este medio se convierte en inexcusable ya que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. En este sentido se pronuncia expresamente el artículo 139 de la Ley 9/2017, cuyo apartado 1 señala que “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos 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”, en términos similares al artículo 145.1 del TRLCSP».

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.

Desde la primera vertiente, en materia de contratos públicos como en otras materias (718), aunque ya existía alguna obligación de publicidad activa a través del perfil de contratante y de la PCSP (719), 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.

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, en consecuencia, 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

Recientemente, el artículo 8.1 a) de la LTAIP ha sido modificado por la Ley 14/2022, de 8 de julio, de modificación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con el fin de regular las estadísticas de las microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, con la finalidad de, «ante la escasez de datos de participación de las pymes en la contratación pública, plantear una modificación de dicha Ley con el objetivo de hacer pública aquella información estadística referida a las categorías de empresas que tratamos».

El mencionado artículo 8.1 a) introduce, en este sentido, un nuevo apartado tercero en el que dispone lo siguiente:

«Además, se publicará información estadística sobre el porcentaje de participación en contratos adjudicados, tanto en relación con su número como en relación con su valor, de la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (pymes), entendidas como tal según el anexo I del Reglamento (UE) número 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, para cada uno de los procedimientos y tipologías previstas en la legislación de contratos del sector público. La publicación de esta información se realizará semestralmente, a partir de un año de la publicación de la norma».

(718) Subvenciones, presupuestos o actividades de altos cargos.

(719) Artículos 53 y 334 del TRLCSP.



verticalmente en la Dirección General de Gobernanza Pública y esta en la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Función Pública (720).

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, ya comentado, ha reducido, en buena parte, la brecha informativa que venía impuesta por 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 someramente de hacer referencia, las entidades contratantes del Sector Público han de atender las solicitudes de acceso a la información pública que se formulen por los ciudadanos, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española desarrollados por la LTAIP (721).

Se entenderá por información pública los contenidos o documentos, que obren en poder de las citadas entidades, y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones (722), 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 (723), o por exigir del órgano de contratación el mantenimiento del deber de confidencialidad a instancia del licitador cuando se encontraran

(720) El Real Decreto 507/2021, de 10 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, crea el Ministerio de Hacienda y Función Pública. El Real Decreto 689/2020, de 21 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. En su artículo 1 establece la organización general del departamento.

(721) Artículo 12 de la LTAIP.

(722) Artículo 13 de la LTAIP.

(723) Artículo 168 a) 3.º de la LCSP.

implicados el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial de este (724).

La declaración de que concurre la circunstancia relativa a la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado deberá hacerse, de forma expresa y 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 (725).

La atención del derecho de acceso se practicará según lo establecido en la LTAIP (726), cuyo estudio extralimita el contenido de la presente obra.

11. GARANTÍAS

A. Garantías prestadas por terceros y preferencia en la ejecución de garantías

La LCSP procedió a 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».

El artículo 112 de la LCSP dispone que las personas o entidades distintas del contratista que presten garantías a favor de este no podrán utilizar el beneficio de excusión a que se refieren los artículos 1.830 y concordantes del Código Civil.

(724) Artículo 133.1 de la LCSP, respecto a lo declarado confidencial por el licitador al presentar su oferta, y artículo 155.3 de la LCSP, cuando se notifica a los candidatos o licitadores el acuerdo de adjudicación y alguno o todos deciden solicitar el acceso a los datos de la mejor oferta. Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.

(725) Artículo 19.2.c), párrafo segundo, de la LCSP.

(726) Artículos 15 a 22 de la LTAIP.

- Establece que el importe de la garantía que, en su caso, pueda determinarse podrá presentarse en alguna de las formas previstas para la garantía definitiva, matizando que no resulta necesaria su constitución en la Caja General de Depósitos.
- 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 (728).

C. Contratos celebrados por un poder adjudicador Administración Pública

a) Garantía provisional

1. Naturaleza

El artículo 106.1 de la LCSP dispone que la constitución de la garantía provisional será facultativa (729) para el órgano de contratación salvo cuando, de

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.

(728) 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, de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público.

(729) 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 (artículo 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 anormalidad, 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 una 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 contra-

forma excepcional y por motivos de interés público, se considere necesaria y se justifique motivadamente en el expediente (730), y responderá, en su caso, del mantenimiento de las ofertas hasta la perfección del contrato.

Ahora, el artículo 106.1 en relación con el artículo 153.4 de la LCSP disponen 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 ciento (731)

tación, 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 coste-eficacia. 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, sin sanción alguna adicional, ya que dicha pérdida se vería sufragada porque la empresa A al realizar la prestación por un precio de 5.000 euros más, es decir, además generaría 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.

Ahora con la reforma introducida en el artículo 106.1 de la LCSP en relación con el artículo 153.4 de la LCSP, tampoco se soluciona este problema pues, cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, 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, en los contratos de obras y de concesión de obras o, en el resto, si se hubiera exigido.

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 indicar 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 esta de complicada probatura.

(730) 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).

(731) Tendrá la consideración de máximo (disposición final primera de la LCSP).



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 el artículo 71.2.b) de la LCSP.

2. Constitución

El artículo 106.2 dispone que, en los casos en que el órgano de contratación haya acordado la exigencia de garantía provisional, en los PCAPS se determinará su importe, que no podrá ser superior a un 3 por ciento del presupuesto base de licitación del contrato, excluido el IVA, y el régimen de su devolución.

La garantía provisional podrá prestarse en alguna o algunas de las formas previstas en el artículo 108.1 de la LCSP.

En el caso de división en lotes, el artículo 106.2 dispone que 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.

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 ciento (732) 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, relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, así como por los PCAPS reguladores del acuerdo marco. Solo podrán adjudicarse contratos basados en un acuerdo marco durante la vigencia del acuerdo marco.

En relación con los modos de constitución, el artículo 106.3 de la LCSP dispone que se podrá efectuar en la Caja General de Depósitos (733) 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 (734), cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución.

(732) Tendrá la consideración de máximo (disposición final primera de la LCSP).

(733) Real Decreto 937/2020, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, y la normativa reglamentaria que lo desarrolla.

(734) Informe JCCA número 37/2006, de 30 de octubre, sobre la interpretación de la expresión «ante el órgano de contratación» (artículos 35 y 36 TRLCAP redactado del mismo modo en el artículo 103.3 TRLCSP) establece que esta expresión debe de ser entendida como el

adjudicados a un mismo licitador, o en el caso de que se adjudique a una oferta integradora cumpliendo los requisitos del artículo 99.5 de la LCSP.

De acuerdo con lo indicado, conforme al artículo 106.2 de la LCSP, solamente en los casos en que se considere que hay un único contrato, cabe establecer la solvencia y fijar la garantía en función del valor conjunto de los lotes adjudicados de manera integrada. En los supuestos en que se aplique la regla general de que existen tantos contratos como lotes, las condiciones de solvencia y de garantía deberán ir referidas al valor de cada lote(737).

4. Extinción

El artículo 106.4 de la LCSP dispone que la garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la perfección del contrato. 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, no ha de existir ningún problema interpretativo porque sencillamente el momento de la perfección del contrato (artículo 153.3 de la LCSP) y de la comprobación de la constitución de la garantía definitiva (artículo 150.2 de la LCSP) no resultan cronológicamente coincidentes, 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. La concurrencia de este supuesto obligaría a que en los PCAPS se aclarara el modo de extinción de la garantía provisional.

b) *Garantía definitiva*

1. Naturaleza

En general, la constitución de la garantía definitiva será obligatoria para los licitadores que presenten las mejores ofertas, salvo los siguientes supuestos:

- Cuando se aplique el procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6.f) de la LCSP.
- Cuando, a tenor del artículo 107.1, párrafo segundo, de la LCSP, el órgano de contratación lo exima, justificándolo adecuadamente en el PCAPS, especial-

(737) Recomendación JCCPE número 12/2020, de 18 de septiembre, en la que analiza la problemática de la realización de lotes a tenor de lo previsto en el artículo 99.3 de la LCSP y sus consecuencias, en la que cita la Resolución del TACRC número 1069/2017, de 17 de noviembre.

lo 102.7 de la LCSP): En un 5 por ciento (742) del precio máximo fijado (743), excluido el IVA (artículo 107.1 inciso final).

- Contratos de concesión de obras y de concesión de servicios (artículo 107.4 de la LCSP): Se fijará en cada caso por el órgano de contratación en el PCAPS, en función de la naturaleza, importancia y duración de la concesión de que se trate.
- Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición (artículo 107.5 de la LCSP): Se establecerá, en su caso, 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 ciento el importe de la garantía definitiva, esta deberá ser incrementada en una cuantía equivalente.

La garantía definitiva responderá de los incumplimientos tanto del acuerdo marco y de los sistemas dinámicos de adquisición, como del contrato basado o específico de que se trate.

En el artículo 107.2 de la LCSP se recoge la posible constitución de una garantía definitiva global, prevista para los casos especiales en los que el órgano de contratación, además de establecer en los PCAPS la garantía definitiva ordinaria, estime necesario la constitución de una complementaria de hasta un 5 por ciento del precio final ofertado por el licitador que presentó la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, excluido el IVA, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por ciento del citado precio.

A estos efectos, 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. En particular, aclara respecto a las dudas que manifestaba su aplicación (744), que se podrá prever la presentación

(742) Tendrá la consideración de máximo (disposición final primera de la LCSP).

(743) 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 PCAPS la obligación que asume 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.

(744) 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.

de esta garantía complementaria para los casos en que la oferta del adjudicatario pudiera resultar inicialmente incurso en presunción de anormalidad.

3. Forma

El artículo 109.1 de la LCSP dispone que el licitador, que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 150.2 la constitución de la garantía definitiva. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, 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 la prohibición para contratar que se pudiera declarar a tenor de lo establecido en el artículo 71.2 a) de la LCSP.

La acreditación de la constitución de la garantía definitiva podrá hacerse mediante medios electrónicos.

El artículo 108 de la LCSP dispone que las garantías definitivas podrán prestarse en alguna o algunas de las siguientes formas:

- 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 la LCSP.

El efectivo y los certificados de inmovilización de los valores anotados se consignarán en la Caja General de Depósitos (745) 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 la LCSP establezcan, sin perjuicio de lo dispuesto para los contratos que se celebren en el extranjero.

- Mediante aval, prestado en la forma y condiciones que establezcan las normas de desarrollo de la LCSP, por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, que deberá consignarse 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.
- Mediante contrato de seguro de caución, celebrado en la forma y condiciones que las normas de desarrollo de la LCSP establezcan, con una enti-

(745) Real Decreto 937/2020, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos.

dad aseguradora autorizada para operar en el ramo. El certificado del seguro deberá entregarse 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.

El artículo 109.4 de la LCSP dispone que cuando la garantía definitiva se hubiere constituido mediante contrato de seguro de caución y la duración del contrato excediera los 5 años, el contratista podrá presentar como garantía definitiva un contrato de seguro de caución 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) de la LCSP (746).

- Cuando así se prevea en los PCAPS, la garantía definitiva en los contratos de obras, suministros y servicios, así como en los de concesión de servicios cuando las tarifas las abone la administración contratante, podrá constituirse mediante retención en el precio. En el PCAPS se fijará la forma y condiciones de la retención (747).

4. Responsabilidades

El artículo 110 de la LCSP dispone que la garantía definitiva únicamente responderá de los siguientes conceptos:

- De la obligación de formalizar el contrato en plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 de la LCSP. Sobre este particular es preciso comentar

(746) Resulta necesario realizar un breve comentario sobre la confusión que se produce en ciertos contratos, por ejemplo, de transporte 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 con 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 (Resolución del TACRC número 16/2012, de 13 de enero), como garantía adicional (Resolución del TACRC número 126/2012, de 6 de junio), o como criterio de adjudicación (Resolución del TACRC número 130/2011, de 27 de mayo).

(747) 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.

su dificultad de encaje, en el caso de los contratos basados en acuerdo marco y de los contratos específicos celebrados en el seno de un sistema dinámico de adquisición toda vez que, a tenor del artículo 36 de la LCSP, se perfeccionan con la adjudicación.

De acuerdo con lo señalado, a juicio de los autores de esta obra, la interpretación debería ser la siguiente:

- 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 garantía definitiva 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 esta se aplicará la penalidad señalada en el párrafo anterior.
- Para contratos basados en un acuerdo marco y contratos específicos realizados en el marco de un sistema dinámico de adquisición: A efectos de formalización, como 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.
- De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 192 de la LCSP.
- De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato (748), incluidas las mejoras ofertadas por el contratista que hayan sido aceptadas por el órgano de contratación, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en la LCSP esté establecido. Esta causa de incautación de la garantía solo puede acordarse por el órgano de contratación en el caso de resolución del contrato, pero no por cualquier causa, sino

(748) En relación con 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.

exclusivamente en caso de incumplimiento culpable (749), y siempre y cuando hubiera sido declarada en forma tal circunstancia por la Administración, es decir, no basta por tanto con la mera iniciación del procedimiento de resolución contractual (750).

En relación con dicha cuestión, se ha planteado si es posible la prescripción de avals, que se hayan constituido como garantía, a consecuencia de la resolución de un contrato (751). Respecto de dicho asunto es preciso señalar que el plazo de prescripción, al tratarse de una acción propia de la legislación contractual configurada como una potestad de la entidad contratante incardinada en el derecho administrativo y determinante, en su caso, de un ingreso que ha de hacerse en las arcas de la Hacienda Pública, es el previsto en el artículo 15 de la LGP, que establece un plazo de 4 años para la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública (752). De acuerdo con ello, conforme al Código Civil la obligación asumida por el fiador o avalista no puede exceder de la obligación directamente asumida por el contratista afianzado (artículo 1.826 del Código Civil), razón por la cual, si el plazo de prescripción para el cobro de los créditos reconocidos o liquidados por virtud del contrato es de 4 años, dicho plazo tampoco podrá superarse cuando la acción de cobro se dirija contra el fiador.

Por ello, analizando el artículo 15 de la LGP queda claro que la liquidación o reconocimiento del derecho de la Hacienda Pública debe entenderse eficaz cuando se realice la notificación al deudor, momento a partir del cual empieza a correr el plazo de prescripción del derecho al cobro. Pero puede ocurrir que transcurra un elevado periodo de tiempo entre el momento que media entre la fecha de las resoluciones que decretan la ejecución de las fianzas y la del

(749) SAN de 28 de noviembre de 2012.

(750) Informe JCCPE número 6/2019.

(751) Informe JCCPE número 23/2016, de 10 de diciembre de 2018.

(752) STS de 5 febrero de 2001 señala que «La caracterización jurídica de los avals dados a las empresas, a efectos de garantizar la ejecución de prestaciones públicas que contraten con entes administrativos, se reconduce o es la propia de las fianzas o garantías reguladas en el ordenamiento sobre contratación administrativa. Y en este sentido, el denominado “aval caución” refleja que la entidad aseguradora avala a una entidad contratista ante la Administración con la que ha contratado, hasta la cantidad máxima que se haya establecido y en concepto de fianza definitiva, para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución de las prestaciones convenidas, lo que significa que el afianzamiento se concreta únicamente en lo que prevé la legislación sobre contratación administrativa. Consecuencia de esta concepción del vínculo entre la entidad avalista y la Administración contratante, como propia de una fianza sometida a las condiciones de la legislación de contratos administrativos, es que el plazo de prescripción no es el previsto en la legislación sobre contratos de seguro».

requerimiento de pago al avalista (753). Durante este periodo de tiempo ha estado corriendo el plazo para la prescripción del derecho al reconocimiento del derecho de la Hacienda Pública, siendo indiferente a estos efectos que el contrato de fianza contuviese una cláusula según la cual el aval continuaría vigente hasta que la entidad contratante autorizase su cancelación, siendo de aplicación las normas del Código Civil sobre la irrenunciabilidad del derecho a prescribir en lo sucesivo y sobre la proscripción de la renuncia de derecho contraria al orden público y a la seguridad jurídica.

- Además, en los contratos de obras, de servicios y de suministros, la garantía definitiva responderá 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.

El artículo 109. 2 y 3 de la LCSP dispone que, en caso de que se hagan efectivas sobre la garantía definitiva las penalidades o indemnizaciones exigibles al contratista, este deberá reponer o ampliar aquella, en la cuantía que corresponda, en el plazo de 15 días naturales desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución. Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de 15 días naturales contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación. A estos efectos no se considerarán las variaciones que se produzcan como consecuencia de una revisión de precios.

5. Cancelación

El artículo 111 de la LCSP dispone que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que 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 este sin culpa del contratista.

Aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o el seguro de caución.

El acuerdo de devolución deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de 2 meses desde la finalización del plazo de garantía. Transcurrido el mismo,

(753) Por eso, es la incuria de la propia entidad pública contratante la que ha retrasado la notificación del acuerdo de ejecución de la garantía, operando en el ínterin el instituto de la prescripción extintiva que se funda en la actitud pasiva de quien tiene un derecho potencial y no lo ejerce en los plazos preestablecidos en una concreta norma jurídica, desapareciendo su eficacia en aras de la seguridad jurídica por el mero transcurso del tiempo (STS de 10 de marzo de 2016). En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, las SSTSJ de Andalucía 11986/1998, de Madrid, de 26 de febrero del año 2014 o de Castilla y León, de 13 de mayo de 1997.

la Administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero (754) correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, si esta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración.

En el supuesto de recepción parcial solo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el PCAPS.

En los casos de cesión de contratos, no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario.

Transcurrido 1 año desde la fecha de terminación del contrato, y vencido el plazo de garantía (755), sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 110 de la LCSP.

Cuando el valor estimado del contrato sea inferior a 1.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, o cuando las empresas licitadoras reúnan los requisitos de una PYMES, definida según lo establecido en el Reglamento (CE) número 800/2008, de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE y no estén controladas directa o indirectamente por otra empresa que no cumpla tales requisitos, el plazo se reducirá a 6 meses.

D. Garantías exigibles en otros contratos públicos

Respecto a los contratos celebrados por una entidad que sea Poder Adjudicador No Administración Pública y no Poder Adjudicador, a las que se les aplicarán lo previsto en los artículos 316 a 322 de la LCSP, el artículo 114 dispone que los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los

(754) Disposición adicional cuadragésima sexta. Uno de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 dispone que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, este queda establecido en el 3,00 por ciento hasta el 31 de diciembre del año 2022

(755) 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.

licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato, o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 108 de la LCSP sin que resulte necesaria su constitución en la Caja General de Depósitos, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato, sin que pueda sobrepasar los límites que establecen los artículos 106.2 y 107.2, según el caso.

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 una Comunicación de 1998, sobre «La Contratación Pública en la Unión Europea» (756), interesase la modificación de las Directivas clásicas de obras (757), suministro (758) y servicios (759) 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/CE, siguiendo los tímidos pasos dados por la Directiva 93/38/CE, 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 (760), del Sistema Dinámico de Adquisición (761) y de la Centralización de la Contratación de Obras, Servicios y Suministros (762).

(756) 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.

(757) Directiva 93/37/CE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

(758) Directiva 93/36/CE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

(759) Directiva 92/50/CE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

(760) Artículo 1.5 de la Directiva 2004/18/CE.

(761) Artículo 1.6 de la Directiva 2004/18/CE.

(762) Artículo 1.10 de la Directiva 2004/18/CE.

Las tres figuras resultan aplicables, como ya se recogía en el TRLCSP, a todas las entidades contratantes del Sector Público, pero, 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 SARA, la LCSP extiende dicha aplicación a cualquier contrato privado sea o NO SARA (artículo 319.1 para un no Poder Adjudicador Administración Pública, y artículo 321.3 para un no Poder Adjudicador en relación con operaciones propias de su tráfico).

A continuación, se van a analizar las figuras del acuerdo marco y del sistema dinámico 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.

B. No exigencia de cobertura presupuestaria

El artículo 100.3 de la LCSP dispone que, con carácter previo a la tramitación de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición, no será necesario que se apruebe un presupuesto base de licitación.

Sin perjuicio de lo señalado, el artículo 101.13 de la LCSP establece que, para determinar los requisitos de publicidad, en los acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición se tendrá en cuenta el valor máximo estimado, excluido el IVA, del conjunto de contratos basados o específicos que esté previsto celebrar durante la duración total del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición.

De ello se deduce que los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición podrán tramitarse sin necesidad de que quede acreditada la suficiencia y adecuación del crédito presupuestario, cuestión que quedará demorada al momento que, en base a ellos, se celebren, respectivamente, los correspondientes contratos basados o contratos específicos.

Lo señalado es perfectamente lógico porque, solo en el momento en el que se adjudiquen dichos contratos, se llegará a producir el compromiso de gasto de acuerdo con lo previsto en la LGP.

C. Garantía definitiva

Como ya se ha señalado en esta obra, el artículo 107.5 de la LCSP dispone que los PCAPS, que rijan los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, establecerán si se fija estimativamente por la Administración una garantía definitiva general del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición, o si se hace para cada contrato basado o específico en relación con su importe de adjudicación.

tratación, disminuir los costes de preparación de ofertas y seguir procedimientos de contratación sucesivos en la misma materia, garantizando la flexibilidad para el poder adjudicador a la hora de contratar, y reduciendo su incertidumbre en cuanto a los precios a aplicar (767).

De acuerdo con lo señalado, la celebración de un acuerdo marco afecta a los negocios jurídicos posteriores que lo desarrollan, hasta el punto de que condiciona legalmente, como se señalará a continuación, su perfección, el régimen de recursos, o los requisitos de tipo presupuestario (768).

El acuerdo marco, con las salvedades que a continuación se van a efectuar, es especialmente idóneo para la celebración de cualquier tipo de objeto contractual (769), 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 LCSP no lo expresa, tienen una naturaleza cíclica y poseen identidad en su objeto.

b) Régimen jurídico

El artículo 220.1 de la LCSP dispone que, tanto en la fase de preparación como de adjudicación, los acuerdos marco se regularán por las normas de la LCSP previstas para los contratos públicos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública (770) (Secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la LCSP).

El artículo 220.2 establece que la posibilidad de adjudicar contratos con base en un acuerdo marco estará condicionada a que en el plazo de 30 días naturales desde su formalización, se hubiese remitido el correspondiente anuncio de la misma a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en el caso de que se trate de contratos SARA y efectuado su publicación en el perfil de contratante

(767) Dictamen del Consejo de Estado número 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016.

(768) Dictamen del Consejo de Estado número 68/2021, de 11 de marzo, en la que analiza, a raíz de la resolución de un acuerdo marco para la prestación de los servicios necesarios para la difusión del escrutinio provisional de los resultados de los procesos electorales, así como de otros servicios complementarios, la naturaleza jurídica del propio acuerdo en el seno de la contratación administrativa.

(769) Resolución del TACRC número 1212/2017, de 22 de diciembre.

(770) 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 de los bienes y servicios perfectamente disponibles en el mercado obliga a mantener una abierta competencia.

carece, en el plano teórico, de defectos procedimentales, sin embargo, puede producir problemas a la hora de ejecutar los contratos basados pues para satisfacer, por ejemplo, un contrato de mantenimiento de maquinaria, es posible que el contratista del acuerdo marco, que no se niega a repararla, exija que se le compense de determinados costes no previstos en el contrato (generalmente de desplazamiento), pues su domicilio o sus instalaciones se encuentran distantes del lugar en el que se ha de producir su intervención correctora. En este sentido, el Consejo de Estado (774) ha llegado a afirmar que «... es preciso significar que la experiencia del Consejo de Estado en asuntos relacionados con la interpretación o resolución (775) de acuerdos marco celebrados por la Administración pone de manifiesto que la aplicación a ellos del régimen de efectos, extinción y cumplimiento de los contratos administrativos no siempre ofrece respuesta a las dudas surgidas, básicamente por la convivencia de tales acuerdos y los contratos basados en ellos».

2. Duración

El artículo 219. 2 y 3 de la LCSP dispone que la duración de un acuerdo marco no podrá exceder de 4 años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados, mientras que la de los contratos basados será independiente de la duración del acuerdo marco, y se regirá por lo previsto en el artículo 29, relativo al plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, así como por los PCAPS reguladores del acuerdo marco. Solo podrán adjudicarse contratos basados durante la vigencia del acuerdo marco (776), tomándose como fecha relevante a estos efectos, en el caso de contratos basados que para su adjudicación es necesario celebrar una nueva licitación [artículo 221.4 b) de la LCSP], 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, y, en el supuesto de que para celebrar los contratos basados no fuera necesario realizar una nueva licitación [artículo 221.3 y 4.a) de la LCSP], la fecha de la adjudicación del contrato basado.

Lo anterior presenta, a juicio de los autores de esta obra un problema interpretativo. Por un lado, el artículo 219.1 dispone que «uno o varios órganos de contrata-

(774) Dictamen del Consejo de Estado número 68/2021, de 11 de marzo.

(775) Circular 2/2019, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre el régimen de fiscalización de la resolución, prórroga y modificación de contratos basados en acuerdos marco gestionados por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (traslada el contenido del informe emitido con fecha 27 de mayo de 2019 por el que se resolvía la consulta elevada por la Intervención Delegada en el Ministerio de Hacienda).

(776) Escrito-Circular de 16 de octubre de 2012, de la Intervención General de la Administración del Estado.

ción del sector público podrán celebrar acuerdos marco con una o varias empresas con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas, 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».

Sin embargo, teóricamente, sería posible que en el seno de un acuerdo marco, por ejemplo, de servicios de limpieza con una duración máxima de 4 años, se pudieran adjudicar, si no lo prohíbe expresamente el PCAPS, contratos basados que, en base al artículo 219.3, párrafo primero, se fueran hasta un máximo de 5 años del artículo 29.4 de la LCSP, puesto que dicho precepto dispone que su duración «será independiente de la duración del acuerdo marco, y se regirá por lo previsto en el artículo 29».

Se podrá decir que estos contratos basados serían nulos de pleno derecho, al amparo del artículo 39.2.g) de la LCSP, por incumplimiento grave de normas de derecho de la UE en materia de Contratación Pública, del artículo 1 de la LCSP, pero, para evitar estas posibles situaciones, a juicio de los autores de esta obra, debería modificarse la redacción del citado artículo 219.3, párrafo primero, de la LCSP.

d) Límite máximo

Respecto a las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos basados, se ha planteado si el límite máximo debería especificarse en el acuerdo marco en términos de importe de valor estimado, o señalando la cantidad o el valor máximo de los productos que pueden adquirirse. En relación con dicha cuestión, el TJUE se ha decantado por la primera opción basado en el valor máximo estimado, IVA excluido, del conjunto de contratos basados que se hayan previsto celebrar durante el período de vigencia del acuerdo marco (777),

(777) STJUE de 17 de junio de 2021, en que resuelve una cuestión prejudicial planteada en relación con los acuerdos marco, señala que «El poder adjudicador ha de evaluar el valor máximo estimado, IVA excluido, del conjunto de contratos previstos durante todo el período de vigencia del acuerdo marco, puede comunicar dicho valor a los licitadores. El apartado 60 de la STJUE de 19 de diciembre de 2018 (caso *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust y Coopservice*), basado en la normativa aplicable, señala que, si bien solo está sujeto a una obligación de medios cuando se trata de precisar el valor y la frecuencia de cada uno de los contratos subsiguientes que se han de adjudicar, el poder adjudicador originariamente debe imperativamente precisar, en lo que concierne al propio acuerdo marco, el volumen global, y por tanto, la cantidad o el valor máximos, en el que podrán inscribirse los contratos subsiguientes».

debiendo determinarse, indistintamente y desde el principio, en el PCAPS o en el anuncio de licitación (778).

En caso de incumplimiento de dicha obligación por parte del poder adjudicador, es preciso señalar que dicha omisión no privará de efectos al contrato basado, ya que tan grave consecuencia, recogida en el artículo 2 quinquies 1 de la Directiva 89/665/CE 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, se reserva para casos en los que se trate de una adjudicación directa ilegal (Considerandos 13 y 14 de la Directiva 2007/66).

e) Adjudicación de contratos basados

1. Consideraciones generales

El artículo 221 de la LCSP dispone que solo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre la empresa o empresas y los órganos de contratación que hayan sido originariamente partes en el mismo, salvo lo dispuesto en el artículo 227.4 de la LCSP, en relación con los acuerdos marco, celebrados por centrales de contratación.

Se sigue, como se va a analizar a continuación, el esquema general consistente en que los acuerdos marco podrán ser concluidos con una o con varias empresas y que, en este caso, la posible licitación dependerá de que en el PCAPS del propio acuerdo se hayan o no previsto todos los términos para adjudicar los contratos basados.

A tenor del artículo 221.4.a), párrafo segundo, este esquema general resulta de aplicación al caso de que dentro del acuerdo marco se realicen varios lotes, siempre que, en relación con un lote o lotes concretos, se hubiera cumplido con los requisitos necesarios y ello con independencia de las previsiones de los PCAPS en relación con el resto de lotes del acuerdo marco.

Cuando el acuerdo marco se hubiese concluido con una única empresa, los contratos basados en aquel se adjudicarán con arreglo a los términos en él estable-

(778) Artículo 49 y los puntos 7 y 10, letra a), de la parte C del anexo V de la Directiva 2014/24/UE, leídos en relación con el artículo 33 de la misma Directiva y los principios de igualdad de trato y de transparencia establecidos en su artículo 18.1. De conformidad con el artículo 53.1 de la Directiva 2014/24/UE, los poderes adjudicadores han de ofrecer, en lo que concierne a un acuerdo marco, un acceso libre, directo, completo y gratuito por medios electrónicos a los pliegos de la contratación a partir de la fecha de publicación del anuncio, de conformidad con el artículo 51 de dicha Directiva.

cidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.

En el caso de que el acuerdo marco haya seleccionado varias empresas, es preciso distinguir, a la hora de cómo adjudicar cada contrato basado, si en los PCAPS del acuerdo marco se han previsto o no todos los términos para proceder a seleccionar al adjudicatario. De este modo, debe distinguirse la siguiente alternativa:

- Que se hayan fijado todos los términos, en cuyo caso no será necesario impulsar una nueva licitación para adjudicar el contrato basado: Para ello, los PCAPS han de prever las condiciones objetivas para determinar qué empresa parte del acuerdo marco deberá ser adjudicataria del contrato basado y ejecutar la prestación.
- Que no se hayan fijado todos los términos para proceder a seleccionar al adjudicatario, en cuyo caso será necesario impulsar una nueva licitación: En este supuesto, dicha licitación se podrá basar en los mismos términos aplicados a la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario, o en otros términos (779), en cuyo caso, será necesario que hayan sido previstos en los PCAPS del acuerdo marco y se concreten con carácter previo a la licitación para la adjudicación del contrato basado.

El artículo 221.5 de la LCSP prevé que, si los PCAPS del acuerdo marco no recogieran de forma precisa la regulación aplicable a los contratos basados, esta deberá necesariamente incluirse en los documentos de licitación correspondientes a dichos contratos basados.

2. Procedimiento

El artículo 221.6 de la LCSP dispone que la licitación para la adjudicación de los contratos basados se desarrollará de acuerdo con las siguientes reglas:

- A la licitación de cada contrato basado, como ya se ha señalado, se invitará a la empresa o 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.

La invitación se realizará por los medios que se hubieran establecido a tal efecto en el PCAPS del acuerdo marco, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.

(779) Esta posibilidad «de vuelta a la casilla de salida» 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 basados se encontraran establecidos en el mismo.

No obstante, cuando los contratos basados no sean SARA, 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 3 de ellas.

Las empresas invitadas estarán obligadas a presentar oferta válida en la licitación para la adjudicación del contrato basado, en los términos fijados en el PCAPS del acuerdo marco.

- Se concederá un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato basado, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato, la pluralidad o no de criterios de valoración, así como su complejidad, y el tiempo necesario para el envío de la oferta.
- Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.
- El contrato se adjudicará al licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP, valorada según los criterios fijados en el acuerdo marco. El órgano de contratación podrá optar por celebrar una subasta electrónica conforme a lo establecido en el artículo 143 de la LCSP, siempre que así se hubiera previsto en los PCAPS del acuerdo marco.
- La notificación a las empresas no adjudicatarias de la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco, podrá sustituirse por una publicación en el medio determinado en los PCAPS del acuerdo marco.

3. Casos especiales

Como ya se ha señalado, es un principio básico de la figura de los acuerdos marco que solamente podrán adjudicarse contratos basados con la empresa o empresas que hayan sido seleccionadas originariamente por el acuerdo marco, salvo lo dispuesto en el artículo 227.4 de la LCSP, en relación con los acuerdos marco celebrados por centrales de contratación.

En relación con dicho principio, se han planteado las siguientes dudas interpretativas en relación a si resultaría posible que, en ciertos casos, que la ejecución del contrato basado fuese encomendada a alguna tercera empresa que no hubiese sido previamente seleccionada originariamente en el acuerdo marco:

- La primera posibilidad se plantea porque en los PCAPS, al amparo del principio de libertad contractual que consagra el artículo 34.1 de la LCSP, podría incluirse una cláusula que, en determinados casos, como por ejemplo por «garantía del suministro», permitiera adquirir productos de terceras empresas, o que, en fase de ejecución, derivase el suministros a favor del siguiente licitador en puntuación, por ejemplo, en caso de «desabastecimiento o problemas



de los contratos (artículos 203 a 207 de la LCSP) (784). En todo caso, no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco (785).

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, sin perjuicio de que 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 ciento el inicial de adjudicación, salvo que el PCAPS, 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 límite del 10 por ciento.

E. Sistema dinámico de adquisición

a) *Concepto y naturaleza*

El artículo 223 de la LCSP dispone que los órganos de contratación podrán articular sistemas dinámicos de adquisición en función de categorías objetivas (por ejemplo, volumen máximo admisible de contratos específicos o zona geográfica de ejecución) de obras, servicios y suministros de uso corriente (786), cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada (787).

(784) Circular 2/2019, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre el régimen de fiscalización de la resolución, prórroga y modificación de contratos basados en acuerdos marco gestionados por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (traslada el contenido del informe emitido con fecha 27 de mayo de 2019 por el que se resolvía la consulta elevada por la Intervención Delegada en el Ministerio de Hacienda).

(785) Informe JCCA número 31/2010, de 24 de noviembre, y Resolución del TACRC número 25/2018, de 12 de enero.

(786) «Compras corrientes» decía la Directiva 2004/18/CE, Considerandos 12 y 13.

(787) Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –INF/DP/ 0018/2014–.

El plazo mínimo para la presentación de las solicitudes de participación será de 30 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.

Los órganos de contratación evaluarán estas solicitudes de participación, de conformidad con los criterios de selección, en el plazo de los 10 días hábiles siguientes a su recepción.

Dicho plazo podrá prorrogarse a 15 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 PCAPS si hay posibilidad de prórroga del plazo y, en caso afirmativo, su duración.

Los órganos de contratación informarán lo antes posible a la empresa que solicitó adherirse al sistema dinámico de adquisición sobre si ha sido admitida o no.

Cuando los candidatos hubieran acreditado el cumplimiento de los criterios de selección mediante la presentación del DEUC (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 5 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 artículo 140.3 de la LCSP que dispone que el órgano o la mesa de contratación podrán pedir 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. No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el ROLECE que corresponda o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la UE, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obli-

del sistema dinámico de adquisición, y que deberán concretarse en las correspondientes invitaciones con la mayor precisión posible con carácter previo a la licitación.

El plazo mínimo para la presentación de ofertas será de 10 días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita.

Los órganos de contratación adjudicarán el contrato específico al licitador que hubiera presentado la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de adjudicación detallados en el anuncio de licitación para el sistema dinámico de adquisición, pudiendo formularse con más precisión en la invitación a los candidatos.

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 (791), 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 citada Ley 30/2007 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» subsistían bajo nombres más ajustados al contexto europeo bajo la expresión «oferta económicamente más ventajosa» que remitía, en 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 que, por un lado, utiliza la expresión «mejor oferta» como concepto pre-

(791) Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero.

ponderante, puesto que, en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, y, por otro, para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos bajo este concepto en la Directiva 2004/18/CE, emplea una terminología diferente consistente en distinguir entre el sistema de calidad-precio fundamentado en criterios cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate (792), y el sistema de coste-eficacia, basado en el precio o coste (793), como el cálculo del coste del ciclo de vida basado en criterios de rentabilidad.

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:

- Cuando un contrato se celebre por un Poder Adjudicador Administración Pública, se le aplicará plenamente lo señalado en la LCSP 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»)].
- Cuando los contratos se realizan por entidades del Sector Público que son Poder Adjudicador No Administración Pública (794), la LCSP distingue los siguientes supuestos:
 - Contratos SARA: El artículo 317 dispone que les resultará aplicable el régimen previsto para un Poder Adjudicador Administración Pública.
 - Contratos no SARA: 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:

(792) Resolución del TACRC número 1040/2017, de 10 de noviembre.

(793) Resolución del TACRC número 1096/2017, de 17 de noviembre.

(794) Informe de la Abogacía General del Estado de 17 de enero de 2018, sobre aplicación de la LCSP a poderes adjudicadores no Administraciones Públicas.

Podrán adjudicarse bajo las mismas condiciones que el artículo 131.3 de la LCSP 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 (795).

- Que el contrato tuviera un valor estimado igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.382.000 euros, en los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, o igual o superior a 15.000 euros e inferior a 215.000, en los contratos de contratos de servicios y suministros:

Se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos para un Poder Adjudicador Administración Pública (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»); Procedimientos 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 (796). Por tanto, un Poder Adjudicador No Administración Pública podrá optar por aplicar cualquiera de los procedimientos de contratación aplicables a un Poder Adjudicador Administración Pública, 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

(795) 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 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 suministro 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».

(796) De acuerdo con lo señalado, queda evidenciada la voluntad del Legislador de hacer desaparecer las instrucciones internas respecto de los contratos NO SARA celebrados por un Poder Adjudicador No Administración Pública, de modo que solamente subsistirán en relación con un No Poder Adjudicador. En este sentido, el Exponendo IV párrafo trigésimo octavo de la LCSP 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».



ción Pública (2006/C179/02), han señalado que el Derecho primario y, más en concreto, las libertades fundamentales previstas en el Tratado, incluyendo las disposiciones sobre el mercado interior y los principios de libre concurrencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación que establece el TFUE se aplican también a los contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública (800).

Por tanto, si bien las Directivas Comunitarias de Contratación Pública no son aplicables con todo su rigor a las entidades que no son poderes adjudicadores, sin embargo, sí lo serán aquellas previsiones de los Tratados, que configuran los aspectos básicos de la Contratación Pública y que permiten generar una competencia efectiva entre los licitadores de los Estados miembros. Será el Derecho Interno de cada Estado miembro el que establecerá la manera de cumplir con dicha obligación (801).

En función de ello, el artículo 321.2 de la LCSP dispone que un No Poder adjudicador podrá adjudicar ciertos contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas por dichas entidades:

- 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 un Poder Adjudicador No Administración Pública, podrán adjudicarse bajo las mismas condiciones que el artículo 131.3 de la LCSP 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 de la LCSP, 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.

(800) Asuntos *Bent Moustén Vestergaard, C-470/99 Universale-Bau, Coname o Teleaustria*.

(801) Informe JCCPE número 33/2020.

14. CAUSAS DE INVALIDEZ

A. Principio de economía procesal

Conviene recordar, a juicio de los autores de esta obra, la doctrina jurisprudencial (802) que, basada en el principio de economía procesal, advierte sobre la improcedencia 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 (803).

A sensu contrario no resultaría aplicable dicha doctrina cuando, por ejemplo, una vez que se han abierto las ofertas de los licitadores, se hubiera declarado la nulidad de la exclusión de un licitador sin haber abierto su oferta técnica. En este caso, no puede ignorarse que la normativa de Contratación Pública se fundamenta en los principios de transparencia e igualdad de trato de los que se deriva, a su vez, el principio de secreto de las proposiciones. Ello exige la anulación del procedimiento de contratación en su conjunto (804).

B. Ámbito de aplicación

A diferencia de lo señalado en el artículo 31 del TRLCSP, que ceñía su aplicación solamente contratos SARA celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública, el artículo 38 de la LCSP dispone que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil, cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refiere la LCSP, y en aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado.

Por tanto, la LCSP declara aplicables las causas de invalidez, ya no solo a los Poderes Adjudicadores Administraciones Públicas, sino a los Poderes Adjudicadores no Administraciones Públicas. En este último sentido, el artículo 41.2 de

(802) Por todas, SSTS de 27 de marzo de 1985, de 31 de diciembre de 1985, de 8 de mayo de 1986, de 30 de noviembre de 1993 y de 28 de abril 1999.

(803) Artículo 51 de la LPACAP y Resolución del TACRC número 241/2011, de 19 de octubre.

(804) Resolución del TACRC número 1205/2018, de 28 de diciembre.

la LCSP dispone 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.

El artículo 41.1 de la LCSP dispone que la revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo I del Título V de la LPACAP (805). En relación con dicho procedimiento, es preciso, a juicio de los autores de esta obra, resaltar las siguientes consideraciones (806):

- En primer lugar, hay que recordar que la alternativa al procedimiento de revisión de oficio es la figura del desistimiento del contrato regulada en el artículo 152.4 de la LCSP.
- En segundo lugar, cabe indicar que, tanto en el caso de nulidad del artículo 106 como de anulabilidad del artículo 107 de la LPACAP, resulta obligatorio otorgar el trámite de audiencia de cuantos aparezcan como interesados, toda vez que resulta de aplicación el Título IV que regula las disposiciones que se aplican a todo procedimiento, y, que, por consiguiente, no pueden ser omitidas sin más en otros procedimientos administrativos aun cuando éstos tengan una regulación específica (807).

(805) Resoluciones número 930/2018, de 11 de octubre, y 1006/2020, de 18 de septiembre.

(806) Resolución del TACRC número 553/2021, de 14 de mayo, en la que analiza un supuesto en el que en un contrato, celebrado por un poder adjudicador no Administración Pública (artículo 3.1.j) en relación al artículo 3.3.d) de la LCSP), se adjudica un lote a un licitador y, posteriormente, se declara la revisión de oficio de dicho acto motivado por un error en la valoración técnica de la oferta presentada, a tenor del artículo 41 de dicha Ley, dictándose un nuevo acto a favor del segundo licitador, que había hecho la mejor oferta con exclusión de la oferta de aquél.

(807) Admitir la omisión del trámite de audiencia regulado en el artículo 82 LPACAP, y no reconocer el derecho que confiere el artículo 53.1.e) LPACAP, legitimaría en consecuencia la actuación unilateral de cualquier órgano administrativo o entidad del Sector Público, por la que revisa un acto administrativo sin tomar en consideración lo que el destinatario del acto pueda manifestar en defensa de sus derechos e intereses legítimos, viéndose privado sin ser oído de los efectos jurídicos que se desprenden del acto administrativo firme que le es favorable. Tal actuación no tiene encaje en nuestro ordenamiento jurídico desde el momento en el que el artículo 105 c) dispone que «La ley regulará: c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado» (STSJ de la Rioja de 18 de septiembre de 2000, y STSJ de Navarra de 26 de enero de 2005, dictadas al amparo del artículo 102 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

- La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que 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 esta.
- Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes de la LCSP, 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 de dicho recurso.
- 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.
- El incumplimiento grave de normas de derecho de la UE en materia de Contratación Pública, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del TFUE, que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse.
- La falta de mención en los PCAPS de la obligación del futuro contratista de respetar la normativa vigente en materia de protección de datos, en especial cuando los datos se traten por un encargado de tratamiento, que será contemplada como una condición esencial del contrato, de modo que su incumplimiento dará lugar a la resolución contractual, a tenor del artículo 211.1 f) de la LCSP (artículo 122.2, párrafos tercero, cuarto y quinto, de la LCSP)(811).

e informaciones referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación del Sector Público de Aragón a través de Internet.

(811) Esta causa fue incorporada al artículo 39.2 de la LCSP por el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones (vigente desde el 6 de noviembre de 2019). La disposición transitoria tercera establece lo siguiente:

«Disposición transitoria tercera. Régimen transitorio de las modificaciones introducidas en el artículo 5.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.



artículo 106.1 de la LPACAP que dispone que 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 (813).

Esta prescripción, que resulta aplicable en vía administrativa, no resulta aplicable en vía jurisdiccional ya que el artículo 46 de la LJCA dispone que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de 2 meses contados desde el día siguiente al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de 6 meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

d) Efectos

1. Planteamiento general

La LCSP distingue, a la hora de fijar los efectos de una declaración de nulidad, lo siguiente:

- Que la citada declaración sea firme y afecte a actos preparatorios del contrato o de la adjudicación:

El artículo 42.1 de la LCSP dispone que, en este caso, la declaración conllevará en todo caso la nulidad del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido, dado que la responsabilidad nace de la culpa.

En cuanto a la pretensión de indemnización es preciso señalar que ha de estar debidamente justificada, sin que pueda pretenderse la anulación del contrato automáticamente cuando no se hayan realizado los trabajos de forma regu-

(813) STS de 20 de diciembre de 2013, basada en la Sentencia de 12 de mayo de 2011. Durante cierto tiempo se mantuvo la posibilidad de examinar, con antelación a las causas de inadmisibilidad del recurso, las nulidades de pleno derecho por entender que existían ya con anterioridad a la formulación del proceso (SSTS de 3 de marzo de 1979, de 18 de marzo de 1984, de 22 de diciembre de 1986 y de 27 de febrero de 1991, entre otras). Sin embargo, posteriormente, se abandonó dicha postura pues, si en la actuación administrativa existía un vicio de nulidad, la vía a seguir para invocarlo en cualquier momento debía ser mediante la revisión de oficio de dichos actos.

mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

El artículo 42.3 dispone que, en caso de que se hubiera instado la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la LPACAP, los efectos señalados podrán ser acordados 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 LJCA.

2. Doctrina del enriquecimiento injusto

En relación con la posible aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en caso de la declaración de la invalidez de un contrato (817), por ejemplo (818), con motivo de la ejecución de una obra para la Administración y del necesario

(817) 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 de contratación. SSTS, entre otras, de 14 de enero de 1997, de 30 de septiembre de 1999, de 28 de abril de 2008, y de 22 de mayo y 21 de septiembre del 2000. En la de 22 de mayo del 2000 precisa que las cantidades a cuyo pago se condena al Ayuntamiento se deriva de la doctrina del enriquecimiento injusto y no de un contrato administrativo sino de 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.

(818) A título informativo, en el ámbito de los contratos de obras, pueden señalarse los siguientes casos:

- 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).
- Modificaciones ordenadas por el Director facultativo 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, pero prestada de buena fe por la contratista siguiendo órdenes de la Administración (STS de 13 de julio de 1984).
- Exceso de obra realizada y que estuvo motivada por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (STS de 11 de julio de 2003).



mantenimiento del equilibrio económico (819) 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 causados por la Administración han generado razonablemente en el particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con ella (820).

En estos casos, es preciso tener en cuenta, en virtud del origen civil y de las peculiaridades que aportó el Derecho Administrativo (821), los requisitos (822) que han de concurrir para que pueda hablarse de la figura del enriquecimiento injusto:

- Ha de no existir un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio.
- Debe concurrir una ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento.

(819) SSTs de 27 de abril y 12 de mayo de 2008, en las que se citan las de 20 de diciembre de 1983, de 2 de abril de 1986, y de 25 de febrero de 1991.

(820) STS de 18 de julio de 2003.

(821) En ciertos supuestos, puede suceder que el órgano de contratación provoque un comportamiento que, aunque no se ajusta estrictamente a la legalidad aplicable, sin embargo, 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 solvante 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 este 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 situaciones como las descritas ocasionarían las consecuencias anulatorias correspondientes, sin embargo, también se ha de indicar que resultará adecuada la aplicación de 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.

(822) 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.

- Debe existir un aumento del patrimonio del enriquecido (entidad contratante) y un correlativo empobrecimiento de la parte actora (contratista).
- Dicho proceso de empobrecimiento ha de concretarse en la constatación de un daño emergente o de un lucro cesante.

3. 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 (823).
- 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 esta resulte preceptiva, o del procedimiento de resolución de discrepancias frente a los reparos suspensivos de la intervención, regulado en la normativa presupuestaria (824).

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 hubiese cesado, la prohibición de ser nombrados para ocupar puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre 5 y 10 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 (825).

(823) Artículo 28.c) de la LTAIP.

(824) Artículo 28.d) de la LTAIP.

(825) Artículo 30 de la LTAIP.

«formal» que pasó a considerar, salvo en el caso de los contratos menores y de los contratos basados y específicos celebrados como efecto de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición, la formalización como el elemento constitutivo de la perfección de los contratos.

En la sentencia citada, se 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/CE 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 plazos obligatorios ni para que la entidad adjudicadora notificara la decisión de adjudicación a todos los licitadores ni para fijar un período de espera entre la adjudicación de un contrato y su efectiva celebración, lo cual no permitía la interposición de un recurso eficaz con anterioridad a la existencia del contrato (828).

Por todas las razones apuntadas, el TJUE deduce que resultaba necesario reformar el sistema tradicional de perfección consensual de los Contratos del Sector

(828) 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 las debilidades observadas por el TJUE. Por Carta PRE-228 2190/2002, de 24 de abril de 2008, la Comisión Europea se dirigió a la Representación Permanente de España ante la UE 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 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 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 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/CE se tendrían en cuenta todas las consideraciones hechas por la Comisión para ajustar dicha regulación al Dictamen motivado.

la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el artículo 151 de la LCSP.

Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado 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 lo establecido en el artículo 71.2.d) de la LCSP.

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, resultando de aplicación los plazos ya señalados.

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.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 36.1 y 131.3 de la LCSP para los contratos menores, y en el artículo 36.3 para los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, y salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización.

b) Contratos celebrados por el resto de entidades contratantes

Cuando se trate de un contrato celebrado por un Poder Adjudicador No Administración Pública, hay que distinguir lo siguiente:

- Si el contrato es SARA, a tenor del artículo 317 de la LCSP, se formalizará igual que un Poder Adjudicador Administración Pública, es decir, de acuerdo con lo ya señalado respecto al artículo 153.
- Si el contrato es No SARA, 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 5.382.000 euros, en los contratos de obras, concesiones de obras

y concesiones de servicios, o igual o superior a 15.000 euros e inferior a 140.000 o 215.000, 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 un Poder Adjudicador Administración Pública.

Cuando se trate de un contrato celebrado por un No Poder Adjudicador, el artículo 321.1 dispone que los órganos competentes aprobarán unas instrucciones(829) 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 de la LCSP.

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 un Poder Adjudicador Administración Pública.

No obstante, el artículo 321.2, 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, 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 un Poder Adjudicador no Administración Pública, 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, 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 un Poder Adjudicador Administración Pública.

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

16. INFORMACIÓN CONTRACTUAL

A. 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 39.1 que estarán sujetos a fiscalización los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del Sector Público (830).

De modo paralelo, la LCSP regula en su artículo 335 la necesaria remisión, al Tribunal de Cuentas (831) u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma, de determinada información en materia de Contratación Pública. Dicho precepto, en sus apartados 1 y 2, dispone lo siguiente:

- Dentro de los 3 meses siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, deberá remitirse una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado aquel, acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que el precio de adjudicación del contrato o el valor estimado del acuerdo marco (832), exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras, concesiones de servicios y acuerdos marco, de 450.000 euros, tratándose de suministros, y de 150.000 euros, tratándose de servicios y de contratos administrativos especiales.

(830) Con independencia de lo señalado en el citado artículo 39 de la LFTC, 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 artículos 40.2 LFTC y 335.3 de la LCSP.

(831) Resolución de 20 de julio de 2018, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 28 de junio de 2018, por el que se aprueba la sustitución de 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, aprobada por Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2013.

(832) 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 la omisión de la referencia a los sistemas dinámicos de adquisición.

En el caso de que el precio de adjudicación de los contratos basados en acuerdo marco o de contratos específicos celebrados en función de un sistema dinámico de adquisición superase las citadas cuantías, también deberá remitirse copia certificada y extracto del expediente.

En relación con el importe de referencia, la LCSP se refiere, en relación con los contratos, con los contratos basados y con los contratos específicos, al precio del contrato, lo que supone la inclusión del IVA a tenor de lo previsto en el artículo 102.1.

Igualmente se comunicarán las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos indicados.

- Además, se remitirá una relación del resto de contratos celebrados, incluyendo los contratos menores en la que se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía, 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 (833) para realizar pagos menores. Dichas relaciones se ordenarán por adjudicatario. Esta remisión podrá realizarse directamente, por vía electrónica, a través de la PCSP en la que tenga ubicado su perfil del contratante el correspondiente órgano de contratación.

El artículo 335.5 de la LCSP establece que la forma y el procedimiento para hacer efectivas las remisiones podrán determinarse por el Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma mediante las correspondientes instrucciones. (834).

(833) A juicio de los autores de esta obra, se considera un sistema análogo al sistema de anticipo de caja fija el establecido en la Orden de 23 de septiembre de 1999, por la que se desarrolla el Real Decreto 2723/1998, de 18 de diciembre, por el que se regula la autonomía en la gestión económica de los centros docentes públicos no universitarios.

(834) En el caso del Tribunal de Cuentas, mediante Resolución de 14 de enero de 2013 de la Comisión de Gobierno, se amplió el Registro Telemático del Tribunal de Cuentas a la recepción de la información y documentación relativa a la contratación llevada a cabo por las entidades integrantes del Sector Público empresarial estatal, siendo objetivo esencial en todo el Sector Público la implantación de las nuevas tecnologías. Después de la citada Resolución, se dictaron varias Instrucciones Generales aprobadas por el Pleno del Tribunal con la finalidad de seguir avanzando en el sentido indicado.

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, sobre modificación de 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 celebradas por la entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, aprobada por Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2013.

B. Gobernanza

a) *Planteamiento general*

La LCSP consagra el «principio de publicidad» al obligar a los órganos de contratación a publicar 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 fueran SARA o no, 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. En base a la materialización de dicho principio 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 tienen encomendadas.

No obstante, los órganos de contratación tienen otras obligaciones específicas de comunicación de determinados informes y datos que afectan, por diferentes razones, a los contratos que realizan. Dentro de estas, 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.
- Los informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos.
- La remisión de información sobre los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios 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.

Resolución de 14 de junio de 2017, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 30 de mayo de 2017, sobre modificación de 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 celebradas por las entidades del Sector Público Estatal y Autonómico, aprobada por Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2013.

Resolución de 20 de julio de 2018, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 28 de junio de 2018, por el que se aprueba la sustitución de 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, aprobada por Acuerdo del Pleno de 28 de noviembre de 2013.

deberá estar sistematizada siguiendo formatos y estándares abiertos adoptados a nivel internacional.

El Registro de Contratos del Sector Público facilitará de modo telemático el acceso a sus datos a los órganos de las Administraciones Públicas que los precisen para el ejercicio de sus competencias.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en la LTAIP y con las limitaciones que imponen las normas sobre protección de datos de carácter personal, facilitará el 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.

En los casos de Administraciones Públicas que dispongan de Registros de Contratos análogos en su ámbito de competencias (838), la comunicación de datos podrá ser sustituida por comunicaciones entre los respectivos Registros de Contratos. El Ministerio de Hacienda y Función Pública determinará las especificaciones y requisitos para el intercambio de datos entre el Registro de Contratos del Sector Público y los demás Registros de Contratos.

Al objeto de garantizar la identificación única y precisa de cada contrato, las Administraciones y entidades comunicantes asignarán a cada uno de ellos un código identificador, que será único en su ámbito de competencias. El Ministerio de Hacienda y Función Pública determinará las reglas de asignación de dichos identificadores únicos que resulten necesarios para asegurar la identificación unívoca de cada contrato dentro del Registro de Contratos del Sector Público, así como para su coordinación con los demás Registros de Contratos.

El Gobierno elevará 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, y el Ministerio de Hacienda y Función Pública lo pondrá en conocimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, tras su elevación por el Gobierno a las Cortes Generales.

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 SARA de obras, suministros o servicios o acuerdo

(838) Decreto 82/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crean el Registro Público de Contratos y el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

marco, 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.
- 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 se conozcan en ese momento, los nombres de los subcontratistas del contratista principal.
- En los procedimientos de licitación con negociación y los procedimientos de diálogo competitivo, las circunstancias, establecidas en el artículo 168 y en el artículo 172.3 de la LCSP, que justifiquen el recurso a estos procedimientos.
- En los procedimientos negociados sin publicación previa, las circunstancias contempladas en el artículo 168 de la LCSP 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 hayan 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 de la LCSP.

Dicho informe no será exigido respecto de contratos basados adjudicados con una única empresa o con varias, cuando se hubieran establecido en el acuerdo marco todos los términos para efectuar su adjudicación.

En la medida en que el anuncio de formalización del contrato contenga la información requerida, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a dicho anuncio.

d) 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 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 (839) 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 relación con dichos contratos, a continuación, se va a hacer referencia a las funciones que competen a la Oficina Nacional de Evaluación a tenor del artículo 333 de la LCSP.

En base a dicha información, el citado Comité emitirá un informe sobre los efectos de la celebración de dichos contratos en las cuentas económicas de la Administración contratante.

(839) Disposición adicional primera. Creación del Comité Técnico de Cuentas Nacionales.

- «1. Para la valoración e imputación de operaciones económicas efectuadas por los diferentes unidades del sector público, así como la delimitación sectorial de las citadas unidades, de acuerdo con los criterios establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas, se crea el Comité técnico de cuentas nacionales integrado por representantes del Instituto Nacional de Estadística, Banco de España y de la Intervención General de la Administración del Estado, como órganos competentes en la elaboración de las cuentas nacionales de las unidades que componen el sector de las Administraciones Públicas y de las sociedades financieras y no financieras públicas.
2. El funcionamiento y organización del citado Comité se regulará mediante un reglamento de régimen interior que será aprobado por los órganos indicados y publicado en el “Boletín Oficial del Estado” para general conocimiento.
3. El citado Comité en el ejercicio de sus funciones, podrá efectuar actuaciones directamente encaminadas a la verificación y contraste de la información suministrada por las unidades institucionales pertenecientes a los subsectores de Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, clasificadas de acuerdo a los criterios del Sistema Europeo de Cuentas.
4. Este Comité facilitará para información los informes emitidos, en su caso, en el ejercicio de sus funciones a la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.
5. Las instituciones que configuran este Comité, mantendrán en todo caso su plena independencia profesional y autonomía funcional en el ejercicio de sus respectivas responsabilidades y competencias atribuidas en la normativa europea y nacional».

e) *Información de Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla*

El artículo 331 de la LCSP dispone 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, dos informes al Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública.

Un primer informe, recogerá el nivel de participación de las PYMES en la Contratación Pública, y diversa información relativa a los siguientes aspectos:

- Estadística sobre los contratos NO SARA de obras, suministros y servicios no SARA, haciendo una estimación del valor agregado total de dichos contratos durante el periodo de que se trate.
- Órganos encargados de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en virtud del derecho de la UE en materia de la Contratación Pública.
- Iniciativas adoptadas para proporcionar orientación o ayuda gratuita en la aplicación de la normativa de la UE en materia de Contratación Pública o para dar respuesta a las dificultades que plantee su aplicación, así como para planificar y llevar a cabo procedimientos de contratación.
- Información requerida por otras normas comunitarias.

Un segundo informe, en relación con la licitación pública y ejecución de los contratos SARA de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en el que se incluirán entre otras, si procede, las siguientes cuestiones (840):

- 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.

(840) 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.

17. GOBERNANZA

A. Órganos competentes

a) *Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (Oficina Nacional de Evaluación)*

El artículo 332 de la LCSP creó la OIRESCON 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 (841). Las Comunidades Autónomas podrán crear sus propias Oficinas de Supervisión de la Contratación.

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:

- Analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios (842).

(841) 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 OIRESCON, del Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública, y de la JCCPE. La Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, dio cumplimiento a lo requerido por el artículo 333.2 de la LCSP. La puesta en marcha de esta Oficina es uno de los compromisos del Gobierno, incorporado en el Componente 11 «Modernización de las Administraciones Públicas» (reforma 4, número de objetivo CID «155») del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/one.aspx>

(842) Informe 1/2022, de 1 de abril, fue emitido, sobre la concesión de servicios para la limpieza urgente SELUR del Ayuntamiento de Madrid (Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad). Informe 2/2022, de 13 de abril, sobre la concesión del servicio de cafetería y comedor en diversas sedes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Madrid, Agencia Estatal de Administración Tributaria (Dirección del Servicio de Gestión Económica). Informe 3/2022, de 27 de abril, sobre el contrato de concesión de servicios para la gestión y explotación de las instalaciones de los polideportivos municipales *Artaleku* y *Azken Portu* del Ayuntamiento de Irún. A la fecha de cierre de esta obra, se pueden consultar los informes emitidos en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/one-informes.aspx>

El día 27 de abril de 2022 se ha llevado a cabo la sesión de constitución de la Oficina de Evaluación de Partenariados Públicos Privados de Cataluña con las mismas funciones que las establecidas en el artículo 333 de la LCSP para la Oficina Nacional de Evaluación. A tal efecto, se



Para ello, con carácter previo a la licitación de estos contratos por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, así como por otros entes, organismos y entidades dependientes de la Administración General del Estado, de las Corporaciones Locales y de las Comunidades Autónomas que se adhieran a la ONE, según lo previsto en los artículos 333.3 de la LCSP y 12 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, evaluará 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.

Se prevén la realización de dos tipos de informes, en función de que el valor estimado de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios fuera o no superior a 12 millones de euros. Si no lo fuera, se elaborará un Informe Preceptivo de Evaluación Básico (843), mientras que, en caso con-

ha dictado la Instrucción 1/2022, de 27 de abril, de la Oficina de Evaluación de Parteneriados Públicos Privados, sobre la información necesaria para la emisión del informe preceptivo de análisis de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y de concesiones de servicios, en el ámbito de la Generalitat de Catalunya y de su sector público.

(843) Para su emisión se prevé, en el artículo 9.2 de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, la aportación de la siguiente documentación: 1. Memoria explicativa que incluirá el análisis de los costes y beneficios socioeconómicos del proyecto y de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización del contrato de concesión frente a otros tipos contractuales, el estudio de la transferencia del riesgo operacional al concesionario y las condiciones en que se produce, el detalle de las aportaciones públicas previstas a la construcción o explotación de la concesión y de las medidas de apoyo a la financiación y, si el poder adjudicador concedente asume total o parcialmente la tarifa concesional, cuantificación de la misma y del importe de las obras o gastos de primer establecimiento del proyecto, e impacto presupuestario del proyecto con un cuadro que recoja la estimación de los compromisos de gasto público distribuidos a lo largo de toda la vida del proyecto. 2. Estudio de viabilidad o, en su caso, estudio de viabilidad económico-financiera incorporado al expediente de conformidad con los artículos 247 y 285 de la LCSP, que incluirá un cuadro que refleje todos los flujos de caja esperados, incluyendo los ingresos, ayudas, inversiones y gastos previstos a lo largo del período de duración del contrato, y con ello el valor actual neto calculado en base a la tasa de descuento establecida, definiendo la rentabilidad esperada del proyecto. En dicho estudio se incluirá el análisis de la demanda y demás elementos de la sostenibilidad del proyecto. 3. Propuesta de PCAPS y de PPTS. 4. Informe del servicio jurídico de los PCAPS. 5. En el supuesto de ser necesario para celebrar el contrato, también deberá incluirse el Informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado u órgano autonómico equivalente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 del Real Decreto 55/2017. 6. Proyecto o anteproyecto objeto del contrato de concesión, en su caso. 7. Documentación adicional que se estime conveniente.



trario, se realizará un Informe Preceptivo de Evaluación Ordinario (844). En ningún caso, dichos informes serán vinculantes para la Administración o la entidad destinataria de los mismos.

No obstante, a la vista de los resultados de la Estrategia Nacional de Contratación Pública, la OIRESCON podrá proponer la ampliación del ámbito previsto en el párrafo anterior.

- Informar los acuerdos de restablecimiento del equilibrio de dichos contratos, en los casos previstos en los artículos 270.2 y 290.4 de la LCSP, 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 (845).

En ambos casos, será objeto de evaluación si la rentabilidad del proyecto, obtenida en función del valor de la inversión, las ayudas otorgadas, los flujos de caja esperados y la tasa de descuento establecida, resultan razonables en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario. En los contratos de concesión de obras, en los que el abono de la tarifa concesional se realice por el poder adjudicador, se evaluará previamente la transferencia del riesgo de demanda al concesionario, y, si este no asume completamente dicho riesgo, el informe evaluará la razonabilidad de la rentabilidad. Por su parte, en los acuerdos de restablecimiento del equilibrio, en los casos de los artículos 270.2 y 290.4 de la LCSP, se evaluará si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable.

(844) Para su emisión se prevé, además de la documentación a la que se ha hecho referencia para la emisión del Informe Preceptivo de Evaluación Básica, la recogida en el artículo 8, 2 a) 5.º y 6.º de la Orden HFP/1381/2021, de 9 de diciembre, por la que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina Nacional de Evaluación, es decir, en caso de no contenerse en los documentos señalados, los correspondientes a análisis de sensibilidad y de riesgos, y a la viabilidad comercial y financiera del proyecto, así como, cuando sea preceptivo, los Informes del Ministerio de Hacienda y Función Pública y del Comité Técnico de Cuentas Nacionales, en los supuestos establecidos en el artículo 324.6 de la LCSP.

(845) Si se trata de un expediente de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la documentación que el solicitante debe presentar es la siguiente: 1. Estudio de viabilidad, o en su caso, estudio de viabilidad económico-financiera incorporado al expediente de conformidad con los artículos 247 y 285 de la LCSP. 2. Contrato objeto de modificación, PCAPS y PPTS, e informe del servicio jurídico. 3. Plan económico-financiero de la concesión. 4. Propuesta de modificación del contrato, acompañada de una memoria explicativa de las causas que le motivan de conformidad con la LCSP, e informe del servicio jurídico correspondiente. 5. Propuesta de restablecimiento del equilibrio económico, en la que se analicen las repercusiones en el contrato en vigor en lo que respecta a la distribución de riesgos, su viabilidad comercial y financiera, y su impacto fiscal. 6. Documentación adicional que se estime conveniente.

Los citados informes, tanto de evaluación preceptiva de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios como de restablecimiento del equilibrio, serán evacuados en el plazo de 30 días naturales a contar desde la entrada de la solicitud por vía electrónica del poder adjudicador u otra entidad contratante o, en caso de haber sido necesario requerir documentación, desde el día que tenga entrada la documentación completa requerida por la ONE para la adecuada elaboración de su informe preceptivo. Dicho plazo podrá reducirse a la mitad siempre que se justifique en la solicitud las razones de urgencia, y así haya sido declarada la tramitación del expediente.

Una vez aprobados, los informes serán notificados al peticionario, que deberá comunicar a la ONE el resultado final del procedimiento de que se trate, publicados en la Central de Información económico-financiera de las Administraciones Públicas dependiente del Ministerio de Hacienda y Función Pública, y estarán disponibles para su consulta pública en la página web de la ONE (846).

Si la Administración o la entidad destinataria del informe se apartara de las recomendaciones contenidas en un informe preceptivo de la ONE, deberá motivarlo en un informe que se incorporará al expediente del correspondiente contrato y que será objeto de publicación en su perfil de contratante. En el caso de la Administración General del Estado esta publicación se hará, además, a través de la Central de Información económico-financiera de las Administraciones Públicas y en el portal web de la ONE (847).

Por su parte, el Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública (en lo sucesivo, CCCP) (848) creado en el seno de la JCCPE, será el responsable de fijar las directrices apropiadas para asegurar que la elaboración de dichos informes se realice con criterios suficientemente homogéneos.

El presidente de la OIRESCON lo será también de la ONE, vocal nato de la JCCPE, con voz pero sin voto, y del CCCP.

La OIRESCON tendrá las funciones siguientes:

- Velar por la correcta aplicación de la legislación contractual a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémicos.
- Promover la concurrencia en la Contratación Pública y el seguimiento de las buenas prácticas.
- Combatir las ilegalidades, en relación con la Contratación Pública.

(846) <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/one.aspx>

(847) <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/one.aspx>

(848) 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.



- Coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del Sector Público.
- 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.
- 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.

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:

- Aprobará, a propuesta del CCCP, la Estrategia Nacional de Contratación Pública.
- 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 (849), 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.
- Podrá aprobar instrucciones y las recomendaciones que serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector Público del Estado (850).
- Elaborará un informe de supervisión, sobre la licitación pública y ejecución de los contratos SARA de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, que remitirá a la JCCPE, que se integrará en el informe nacional a remitir cada 3 años a la Comisión Europea.

(849) Informe de 22 de junio de 2020, sobre el Impacto en la contratación pública de las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma como consecuencia del COVID-19, e Informe de 23 de abril de 2021, sobre Análisis de la Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, del Tribunal Constitucional.

(850) Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, Asunto: Contratos menores, regulación en Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y Nota Aclaratoria sobre la Instrucción 1/2019.

Guía de reactivación de la contratación pública tras el levantamiento de la suspensión de los plazos administrativos, de 11 de junio de 2020, y *Guía básica Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, de 7 de septiembre de 2021.



- Elaborará un informe anual que recogerá las conclusiones derivadas de toda la actividad de supervisión (851). Dicho informe será remitido a la Comisión Europea, a través de la JCCPE, y se publicará en la PCSP dentro del mes siguiente a su remisión.
- 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 OIRESCON.

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 OIRESCON 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)(852)

La característica más relevante del artículo 328 de la LCSP, a juicio de los autores de esta obra, aparte de cambiar su denominación (853), radica en que amplía

(851) Informe Anual Supervisión aprobado el 18 de diciembre de 2019: Resumen ejecutivo Informe Anual Supervisión 2019.

Informe Anual de Supervisión de 17 de diciembre 2020: Resumen Ejecutivo Informe Anual Supervisión 2020.

Informe Anual de Supervisión 2021. Módulo I. Actividad consultiva: Módulo II. La fase preparatoria del contrato: Módulo III. Prácticas colusorias en materia de contratación pública: Módulo IV. La prevención y lucha contra la corrupción en la contratación pública: Módulo V. La supervisión del principio de publicidad y transparencia en la contratación pública.

(852) 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 OIRESCON, del Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública, y de la JJCPE.

(853) 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



considerablemente su ámbito de actuación ya que no es solamente un órgano consultivo (con 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), sino que se le asigna 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 cuyo caso el CCCP asumirá algunos compromisos específicos en áreas de acción común de las distintas Administraciones Públicas (854), y, además, una «función de coordinación», respecto del cumplimiento de las obligaciones de información que, a través del CCCP, imponen las Directivas Europeas de Contratación Pública.

A tal fin, se le reconoce como punto de referencia para la cooperación con la Comisión Europea. Para ello, elaborará y remitirá a esta, cada 3 años, un informe, referido a licitación pública y ejecución de los contratos SARA 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 PYMES en la Contratación Pública, un informe estadístico sobre los contratos públicos de obras, suministros y servicios No SARA, 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, sobre las medidas adoptadas para proporcionar orientación o ayuda gratuita en la aplicación de este (855), y sobre la información requerida por otras normas comunitarias que deba incluirse en estos informes.

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.

(854) 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 OIRESCON: 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 PCSP y del ROLECE: Análisis de las cuestiones relativas a la Contratación Pública que resulten de interés común.

(855) Informe Trienal, relativo a la Contratación Pública en España en 2018, 2019 y 2020, realizado en abril de 2021.



las administraciones públicas, elaborar tarifas orientativas para el pago, en su caso, a los miembros del jurado que regula el artículo 187 de la LCSP, diseñar en colaboración con el Instituto Nacional de Administración Pública y en coordinación con la JCCPE, así como con otros centros de formación especializada de la Administración General del Estado o privados, cursos de formación y orientación dirigidos al personal responsable de la preparación de los pliegos y de la supervisión de la ejecución de los contratos, para que los intervinientes en las distintas fases de la contratación dispongan de los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para implementar con éxito las medidas en materia de fomento de la calidad relacionadas con la contratación pública, elaborar y difundir modelos de pliegos y otros documentos de carácter orientativo, con estricto cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 122.7 de la LCSP, que faciliten la contratación y la compra pública innovadora, asesorar a los órganos de contratación que lo soliciten, previo informe favorable de la JCCPE, sobre criterios de valoración relacionados con la calidad y, en particular, los que dependan de juicios de valor, así como sobre criterios de solvencia específicos, no dependientes necesariamente del uso específico de las construcciones o edificaciones, establecer, previo informe favorable de la JCCPE, criterios de orientación sobre los plazos que resulten de aplicación en materia de contratación y que tengan incidencia en la calidad final de las actuaciones, e impulsar el principio de calidad enunciado en esta ley en la contratación del sector público ejerciendo una labor didáctica respecto de las posibilidades de la legislación sobre contratación administrativa.

B. Estrategia Nacional de Contratación Pública

El artículo 334.1 de la LCSP configura la Estrategia Nacional de Contratación Pública como el instrumento jurídico vinculante que será aprobado por la OIRESCON cada 4 años, salvo que a los 2 años sea necesaria su modificación o ajuste para conseguir los objetivos perseguidos a la vista de la primera valoración que realizase el CCCP, y en el que se abordará la mejora de la supervisión de la Contratación Pública, el análisis de los mecanismos de control de legalidad, y la elaboración de manuales de buenas prácticas, y se promoverá la profesionalización en el ámbito de la Contratación Pública.

Su elaboración se basará en el análisis de actuaciones de contratación de todas las entidades del Sector Público, realizándose en base a las siguientes fuentes:

- Plataformas de contratación nacionales.
- Información abierta de la UE 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.

Tras su aprobación, se remitirá a la Comisión Europea, y, transcurrido 1 mes desde dicha remisión, se hará público su contenido en la PCSP.

El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Función Pública, tomará conocimiento de la Estrategia Nacional de Contratación Pública y la elevará para conocimiento a las Cortes Generales.

Finalizado el ámbito temporal de la Estrategia, el CCCP elaborará un informe sobre los resultados de la misma que se comunicará a la OIRESCON y a la JCCPE, que lo remitirá a la Comisión Europea y lo hará público en la PCSP en el plazo de 1 mes a contar desde dicha remisión, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, e, igualmente 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. Esta será aprobada en el plazo de 6 meses contados a partir de la emisión de dicho informe.

C. Estrategia Nacional de Arquitectura

La disposición adicional única de la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, vinculada de forma indirecta al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ha establecido que, en el plazo de 12 meses a contar a partir del 17 de junio de 2022, fecha de entrada en vigor de dicha Ley, se procederá a crear, como herramienta de gobernanza, la «Estrategia Nacional de Arquitectura» que no tendrá carácter vinculante y servirá para la implantación y seguimiento de los objetivos perseguidos por esta ley.

A tal fin, se encomienda la Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana su elaboración, con la colaboración de las administraciones local y autonómica.

La Estrategia Nacional de Arquitectura se enmarcará dentro de la Agenda Urbana Española, incorporándose como una de sus líneas de acción, y tendrá en cuenta lo previsto en la Estrategia Nacional de Contratación Pública a que se refiere el artículo 334 de la LCSP.



Sexta Parte

NORMAS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN DE UN PODER ADJUDICADOR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

En la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (858), se produjo un abandono del modelo tradicional, que los autores de esta obra califican como «formal», que fundamentaba la regulación de los contratos públicos sobre el modelo de la contratación de una Administración Pública. Realmente ello no era así (859) pero, como se señala, la LCSP apuesta por una vuelta a establecer el modelo de la Contratación Pública sobre los contratos que celebre un Poder Adjudicador Administración Pública. Dicho lo anterior, el nivel de aplicabilidad de la LCSP a una entidad que es Poder Adjudicador Administración Pública es el

(858) 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, para extender su aplicación a los contratos celebrados por otros sujetos del Sector Público o incluso fuera de él.

(859) 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 citado TRLCSP.



que se deriva, específicamente, del artículo 3.2 y 3 y de la disposición adicional cuadragésima cuarta que regula el régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos.

Dichas entidades serán las únicas que podrán celebrar contratos administrativos, ya sean «típicos», o contratos administrativos «especiales», en los términos previstos en el citado artículo 25.1.b) de la LCSP).

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 suministros y de servicios, en los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 de la LCSP, sirve para identificar, desde el punto de vista material, cuándo la naturaleza jurídica de los contratos que celebre un Poder Adjudicador Administración Pública 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 debería de ser 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 esta.

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.

Además de los mencionados contratos administrativos, un Poder Adjudicador Administración Pública podrán realizar contratos privados en los términos previstos en el segundo párrafo del artículo 26.1.a) y 2 de la LCSP. Es preciso recordar que, en todo caso, resultarán aplicables, a cualquier tipo de contrato que celebre un Poder Adjudicador Administración Pública, los aspectos troncales que se han analizado en esta obra.

2. TIPOLOGÍA

A. Contratos administrativos «típicos»

a) *Contrato de obras*

1. Concepto

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 (860), 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 en el proyecto de la obra (861).

Para que exista un contrato público de este tipo, 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 (862).

El artículo 13.2 de la LCSP dispone que por obra se entenderá 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, y, también, la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.

2. Objeto

El artículo 13.3 de la LCSP dispone que los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiéndose por esta 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.

(860) 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. SSTs de 18 de marzo de 2008 y de 17 de octubre de 2011.

(861) Su regulación se establece, aparte de por lo previsto en la LCSP y en el RGTRLCAP, por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, debiendo tenerse en cuenta lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado) y en el Pliego de Prescripciones Técnicas Generales para Obras de Carreteras y Puentes (Orden de 2 de julio de 1976 por la que se confiere efecto legal a la publicación del Pliego de Prescripciones Técnicas Generales para obras de carreteras y puentes de la Dirección General de Carreteras y Caminos Vecinales (P. G. 3), editado por el Servicio de Publicaciones del Ministerio).

Por las diferencias existentes entre este tipo de contrato y el resto de los contratos administrativos, su normativa no puede aplicarse con carácter supletorio a estos (Informes JCCA números 7/1997 y 28/2013).

(862) STJUE de 25 marzo 2010, *Caso Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*. En relación con 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*.



No obstante, podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que estas 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 relación con el sentido y la extensión de la expresión de que se trate de partes «sustancialmente definidas», como base que justifique la realización independiente de parte de una obra, es preciso indicar que se trata de un concepto jurídico indeterminado que, no obstante, puede ser interpretado atendiendo bien al significado etimológico (863), bien al contexto del precepto en cuyo caso ha de valorarse si la obra está completa, es decir, si se encuentra fijada en los documentos rectores de la licitación con claridad, exactitud y precisión. Atendiendo a todos estos argumentos se puede concluir que una obra sustancialmente definida sería aquella que, siendo parte de una obra más amplia, tiene entidad por sí misma, está debidamente fijada en los documentos rectores de la licitación con claridad, exactitud y precisión (aunque sea parte de un todo), y constituye una unidad funcional propia. Por tanto, cuando una parte de una obra cumpla estas condiciones, podrá aplicarse la excepción contenida en el artículo 13.3 LCSP, previa autorización del órgano de contratación que, lógicamente por los aspectos técnicos y de otra índole implicados, podrá solicitar el informe o informes que considere pertinentes.

Se podrán celebrar contratos de obras, sin referirse a una obra completa, en los supuestos previstos en el artículo 30.4 de la LCSP, cuando la responsabilidad de la obra completa corresponda a la Administración por tratarse de un supuesto de ejecución de obras por la propia Administración Pública.

Ello supone una excepción, en general, a lo previsto en el artículo 99.3 de la LCSP en función del cual, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

En relación con el alcance y sentido que ha de darse al citado artículo 13.3 de la LCSP (864), es preciso recordar que nuestra Jurisprudencia (865) ha reconocido el denominado «principio de unidad de obra», con el que se ha preten-

(863) La Real Academia Española de la Lengua señala como primera acepción del término «definir» la de «fijar con claridad, exactitud y precisión la naturaleza de una cosa», y respecto al significado de «sustancia» está referido a la esencia, al «conjunto de características permanentes e invariables que constituyen la naturaleza de algo».

(864) Informe JCCPE número 31/2019.

(865) Por todas, la STS de 15 de febrero de 1984.

dido evitar el fraude de ley resultante del fraccionamiento artificial del objeto de los contratos de obra con la intención de alterar el régimen legal aplicable o de soslayar inadecuadamente los límites a que está sujeto el contrato. Dicho principio tiene reflejo, aparte del citado artículo 13.3, en distintos preceptos de la LCSP (artículo 99.2, donde se proscribe el fraccionamiento de los contratos con la finalidad de disminuir la cuantía de los mismos y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, y artículo 101.4, que prohíbe que el cálculo del valor estimado del contrato se efectúe con la intención de sustraerlo a la aplicación de las normas de adjudicación previstas en la normativa). Por tanto, a juicio de los autores de esta obra, resulta claro que la intención del Legislador ha sido fortalecer la seguridad jurídica que debe presidir la aplicación de la LCSP, en la que la integridad del objeto del contrato adquiere una relevancia capital para que aquel pueda cumplir su función propia, especialmente en el contrato de obra.

3. Clases de obras

En cuanto a la clasificación de las obras, el artículo 232.1 de la LCSP dispone que, a los efectos de elaboración de los proyectos, las obras se clasificarán, según su objeto y naturaleza, en los siguientes grupos:

- Obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación.
- Obras de reparación simple.
- Obras de conservación y mantenimiento.
- Obras de demolición.

El artículo 232.2 de la LCSP dispone que son obras de primer establecimiento las que dan lugar a la creación de un bien inmueble.

El artículo 232.3 de la LCSP establece que el concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente.

El artículo 232.4 de la LCSP dispone que se consideran como obras de reparación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales. Cuando afecten fundamentalmente a la estructura resistente tendrán la calificación de gran reparación y, en caso contrario, de reparación simple.

El artículo 232.5 de la LCSP establece que, si el menoscabo se produce en el tiempo por el natural uso del bien, las obras necesarias para su enmienda tendrán el carácter de conservación. Las obras de mantenimiento tendrán el mismo carácter que las de conservación.

El artículo 232.6 establece que son obras de restauración aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y manteniendo su funcionalidad.

El artículo 232.7 de la LCS dispone que son obras de rehabilitación aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y dotándola de una nueva funcionalidad que sea compatible con los elementos y valores originales del inmueble.

La inclusión de estos tipos de obras, de restauración y de rehabilitación, que supuso una novedad introducida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público(866), permitirá al órgano de contratación, a la vista de las circunstancias de cada caso, determinar discrecionalmente, en la fase interna del contrato, si unas obras que en principio deberían calificadas como obras de reforma, podrían ser tratadas como obras de restauración u obras de rehabilitación ya que, de ser así, sería suficiente con incorporar al expediente de contratación un proyecto técnico simplificado, cualquiera que fuera el valor estimado del contrato.

El artículo 232.8 establece que son obras de demolición las que tengan por objeto el derribo o la destrucción de un bien inmueble.

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

(866) En la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la principal novedad consistió en introducir (artículo 106) y después en el TRLCSP (artículo 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/CE, Sección F Construcción, División 45, Descripción Construcción, Notas, cuando señala que esta división comprende «las construcciones nuevas, obras de restauración y reparaciones corrientes».

a través de la celebración de un contrato de servicios (867), el contenido mínimo de los PCAPS y de PPTS se encuentra establecido, respectivamente, en los artículos 67 y 68.1 y 2 del RGTRLCAP, si bien hay que tener presente que buena parte de este será consecuencia del proyecto técnico, que ha de pasar, a tenor de lo previsto en el artículo 231.1 de la LCSP, por las fases de elaboración y redacción, de supervisión, de aprobación y de replanteo por el órgano de contratación.

4. Proyecto de obras

El artículo 233.5 de la LCSP establece que los proyectos deberán sujetarse a las instrucciones técnicas que sean de obligado cumplimiento.

El artículo 233.1 de la LCSP dispone que el contenido de los proyectos de obras deberá comprender, al menos, los siguientes documentos:

- 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 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 PPTS en que 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.

En relación al presupuesto base de licitación, los artículos 100 de la LCSP y 131 del RGTRLCAP disponen que se calculará incrementando el presupuesto de ejecución material de las obras con los gastos generales de estructura

(867) 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 encarar el trabajo mediante un concurso. Véase, en relación con este sistema, lo señalado en los artículos 183 a 187 de la LCSP.

[del 13 (868) al 17 por ciento, en concepto de gastos generales de la empresa, gastos financieros, cargas fiscales, IVA excluido, tasas de la Administración legalmente establecidas, que inciden sobre el costo de las obras, y demás derivados de las obligaciones del contrato, con exclusión de los impuestos que graven la renta de las personas físicas o jurídicas, y del 6 por ciento en concepto de beneficio industrial del contratista], con el IVA aplicado sobre la suma del presupuesto de ejecución material y los gastos generales de estructura, y, cuando la obra sea financiada total o parcialmente por el Estado, incluida la Administración Institucional de este (869), con una partida adicional de, al menos, un 1 por ciento, destinada a trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español, salvo que el presupuesto total no exceda de los 601.012,10 euros, que las obras afecten a la seguridad y defensa del Estado o a la seguridad de los servicios públicos (870). Este último porcentaje, se calcula sobre el presupuesto de ejecución material, y no experimenta variaciones por la baja de adjudicación ni por las modificaciones del contrato (871).

- 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 (872).
- Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario. Sobre este particular, resulta bastante habitual que, cuando el proyecto se refiera a importantes infraestructuras (873), sea necesario que el mismo

(868) Se fija en este porcentaje en el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (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) y en el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación anterior Agricultura, Pesca, y Alimentación (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).

(869) Informe JCCA número 47/1986, de 3 de diciembre.

(870) Artículo sesenta y ocho de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

(871) Informe JCCA número 9/1986, de 3 de marzo.

(872) Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

(873) Por ejemplo, los casos de construcción de una estación de depuración de aguas residuales, o de una desaladora de agua marina.



cuenta con la correspondiente declaración o informe favorable en materia de evaluación de impacto ambiental (874), 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 el artículo 8.2 de la citada Ley 21/2013.
- 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 (875).

Concretamente, se exige que los proyectos cuenten con un «declaración de impacto ambiental» o con un «informe de impacto ambiental» (876) según que se siga, respectivamente, el procedimiento de evaluación ordinario (877) o sim-

(874) 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/CE, 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.

(875) 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.

(876) Artículo 5.1 de la Ley 21/2013, de 9 diciembre, de Evaluación Ambiental.

(877) 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

plificado (878), 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 (879) o no definitivos, es decir, no se trata de auténticas resoluciones administrativas definitivas, lo que impide que sean directamente impugnables en sede jurisdiccional (880), salvo que tuviese la naturaleza de un acto administrativo cualificado, es decir, que vinculase a la resolución definitiva del procedimiento (881).

El artículo 233.2 de la LCSP dispone que, no obstante, para los proyectos de obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación inferiores a 500.000 euros de presupuesto base de licitación, IVA excluido, y para los restantes proyectos del artículo 232, se podrá simplificar, refundir o incluso suprimir, alguno o algunos de los documentos anteriores en la forma que en las normas de desarrollo de la LCSP se determine, siempre que la documentación resultante sea suficiente para definir, valorar y ejecutar las obras que comprenda. No obstante, solo podrá prescindirse del estudio de seguridad y salud o, en su caso, del estudio básico de seguridad y salud en los casos en que así esté previsto en la normativa específica que la regula.

El artículo 233.3 de la LCSP dispone que, salvo que ello resulte incompatible con la naturaleza de la obra, el proyecto deberá incluir un estudio geotécnico de los terrenos sobre los que esta se va a ejecutar, así como los informes y estudios previos necesarios para la mejor determinación del objeto del contrato.

eliminación de dichos residuos mediante depósito en vertedero, depósito de seguridad o tratamiento químico.

(878) 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.

(879) STS de 17 de noviembre de 1998.

(880) 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.

(881) 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 (SSTJUE de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld y otros*, y de 18 de junio de 1998, *Gedeputeerde Staten van Noord-Holland*).



El artículo 233.4 de la LCSP dispone que, cuando la elaboración del proyecto haya sido contratada íntegramente por la Administración, el autor o autores incurrirán en responsabilidad en los términos establecidos en la LCSP. 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 les será exigible la indemnización que establece el artículo 315 de la LCSP, 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.

El artículo 233.6 de la LCSP dispone que, cuando las obras sean objeto de explotación por la Administración Pública, el proyecto deberá ir acompañado del valor actual neto de las inversiones, costes e ingresos a obtener por la Administración que vaya a explotar la obra.

El artículo 234.1 de la LCSP dispone que la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes tendrá carácter excepcional y solo podrá efectuarse en los siguientes supuestos cuya concurrencia deberá justificarse debidamente en el expediente:

- Cuando motivos de orden técnico obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras. Estos motivos deben estar ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra.
- Cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propias de las empresas.

El artículo 234.2 de la LCSP dispone que, en todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto 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.

El contenido mínimo del anteproyecto aparece descrito en el artículo 122 del RGTRLCAP que contempla una memoria (en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos y administrativos que se tienen en cuenta para plantear el problema a resolver y la justificación de la solución que se propone desde los puntos de vista técnico y económico, así como los datos y cálculos básicos correspondientes, incluyendo la justificación de los precios descompuestos adoptados y la manifestación expresa y justificada de que comprende una obra completa), los planos de situación, generales y de conjunto, necesarios para la definición de la obra en sus aspectos esenciales y para basar

en los mismos las mediciones suficientes para la confección del presupuesto, un presupuesto (formado por un estado de mediciones de elementos compuestos, especificando claramente el contenido de cada uno de ellos, e incluyendo un cuadro de los precios adoptados para los diferentes elementos compuestos y el correspondiente resumen o presupuesto general que comprenda todos los gastos, incluso de expropiaciones a realizar por la Administración), un estudio relativo a la posible descomposición del anteproyecto en proyectos parciales, con señalamiento de las fracciones del presupuesto que corresponderán a cada uno y de las etapas y plazos previstos para la elaboración, contratación y ejecución de los mismos, y, cuando la obra haya de ser objeto de explotación retribuida, se acompañarán los estudios económicos y administrativos sobre régimen de utilización y tarifas que hayan de aplicarse.

Cuando los estudios informativos y los anteproyectos sean aprobado por el órgano de contratación, el artículo 123 del RGTRLCAP dispone que quedará autorizada la redacción del proyecto o proyectos que en los mismos se indiquen, que habrán ser objeto de contratación y ejecución independiente.

El artículo 234.3 de la LCSP dispone que el contratista presentará el proyecto al órgano de contratación para su supervisión, aprobación y replanteo. Si se observaren defectos o referencias de precios inadecuados en el proyecto recibido se requerirá su subsanación del contratista, en los términos del artículo 314, sin que pueda iniciarse la ejecución de obra hasta que se proceda a una nueva supervisión, aprobación y replanteo del proyecto. En el supuesto de que el órgano de contratación y el contratista no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el último quedará exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho frente al órgano de contratación que el pago de los trabajos de redacción del correspondiente proyecto.

El artículo 234.4 de la LCSP dispone que, en los casos a que se refiere este artículo, la iniciación del expediente y la reserva de crédito correspondiente fijarán el importe máximo previsto que el futuro contrato puede alcanzar. No obstante, no se procederá a la fiscalización del gasto, a su aprobación, así como a la adquisición del compromiso generado por el mismo, hasta que se conozca el importe y las condiciones del contrato de acuerdo con la proposición seleccionada, circunstancias que serán recogidas en el correspondiente PCAPS.

El artículo 234.5 de la LCSP dispone que, 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, la previsión del precio máximo a que se refiere el artículo 234.4 se limitará exclusivamente al proyecto. 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 PCAPS estableciera otro mayor, el contratista tendrá derecho al pago del precio del proyecto incrementado en el 5 por ciento como compensación.

El artículo 235 de la LCSP dispone que antes de la aprobación del proyecto, cuando el presupuesto base de licitación del contrato de obras sea igual o superior a 500.000 euros, IVA excluido (882), los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos (883) encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto. La responsabilidad por la aplicación incorrecta de las mismas en los diferentes estudios y cálculos se exigirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.4 de la LCSP.

En los proyectos de presupuesto base de licitación inferior a 500.000 euros, IVA excluido, el informe tendrá carácter facultativo, salvo que se trate de obras que afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra en cuyo caso el informe de supervisión será igualmente preceptivo.

El artículo 236.1 de la LCSP dispone que, aprobado el proyecto y previamente a la aprobación del expediente de contratación de la obra, se procederá a efectuar el replanteo, que consistirá en comprobar la realidad geométrica de la misma, para

(882) 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 del TRLCSP y que siempre se entendió como su valor estimado, y ahora se sustituye por el presupuesto base de licitación, IVA excluido, es decir, a tenor del artículo 101.1.a) de la LCSP, por lo que ella misma define como valor estimado.

(883) 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 (Informes JCCA números 18/1987, de 12 de mayo, 64/1996, de 18 de diciembre, y 56/2004 de 12 de noviembre). En el mismo sentido, el vigente Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, establece en su artículo 4.1 y 2, como excepciones, las 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».

cerciorarse de que no existen errores en la medición o defectos técnicos (884), y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución. Asimismo, se deberán comprobar cuantos supuestos figuren en el proyecto elaborado y sean básicos para el contrato a celebrar.

Normalmente, en el replanteo del proyecto, se suele buscar 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.

El replanteo previo tiene importancia capital y su observancia es inexcusable dentro del procedimiento de adjudicación contractual. La omisión del trámite de replanteo acarrea la nulidad de todos los trámites administrativos posteriores. No deben confundirse el replanteo y la comprobación del replanteo, que se diferencian por su función (el replanteo es un acto interno de la Administración y la comprobación del replanteo exige la concurrencia del contratista para que este último preste su conformidad a la actuación del replanteo previamente realizada por la Administración) y por el momento en que se practican (el replanteo es una actuación preparatoria del contrato y la comprobación del replanteo un acto en la fase de ejecución).

Así mismo, la formalización del acta de ocupación y la comprobación del replanteo deberían realizarse de forma sucesiva, ya que, de no ser así, se suelen originar costes financieros derivados del pago de terrenos no necesarios, o de indemnizar al contratista por suspensión del contrato hasta que los terrenos estén disponibles (885).

El artículo 236.2 de la LCSP dispone 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 artículo 236.3 de la LCSP dispone que, en los casos de cesión de terrenos o locales por Entidades públicas, será suficiente para acreditar la disponibilidad de los terrenos, la aportación de los acuerdos de cesión y aceptación por los órganos competentes.

Respecto de la comprobación de la disponibilidad de los terrenos (886), resultará suficiente con que se encontraran a disposición, al menos, en la fecha en que se proceda a la adjudicación del contrato. Este es el extremo más paradójico pues se trata de realizar la comprobación para incorporarla al proyecto antes de la

(884) STS de 9 de diciembre de 2004.

(885) Dictámenes del Consejo de Estado números 51702/1988, y 143/1994.

(886) Informe JCCA número 13/2009, de 25 de septiembre.

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 (887).

El artículo 236.4 de la LCSP dispone que, una vez realizado el replanteo, se incorporará el proyecto al expediente de contratación.

El artículo 237 de la LCSP dispone que la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a 1 mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato.

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, 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 (888). En caso de que el acto de comprobación del replanteo fuese desfavorable, se suspenderá el inicio de las obras y el cumplimiento del contrato, hasta que se solventen las dificultades detectadas (889). Si la comprobación del replanteo se demorara *sine die* porque, por ejemplo, el órgano de contratación se percatara de que el proyecto no se puede ejecutar, ello supondría la concurrencia de una causa de resolución del contrato (890) y haría surgir en el contratista el derecho a ser indemnizado (891).

(887) STS de 27 de abril de 1998.

(888) Artículo 139.2.^a) del RGTRLCAP.

(889) 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 (artículo 139.3.^a del RGTRCAP).

(890) Artículos 245.a) de la LCSP.

(891) 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. Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.

A tenor del artículo 141 del RGTRLCAP, si como consecuencia de la comprobación del replanteo se deduce la necesidad de introducir modificaciones en el proyecto, la dirección redactará en el plazo de 15 días, sin perjuicio de la remisión inmediata del acta, una estimación razonada del importe de dichas modificaciones, que se tramitarán con arreglo a las normas generales de la LCSP y del RGTRLCAP, acordando la suspensión temporal, total o parcial de la obra, ordenando en este último caso la iniciación de los trabajos en aquellas partes no afectadas por las modificaciones previstas en el proyecto.

b) Contrato de concesión de obras

1. Concepto y objeto

A diferencia del resto de contratos administrativos «típicos», el contrato 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(892).

Este contrato presenta una fisonomía relacional tripolar. Por un lado, la relación propiamente concesional, entre el concesionario y el órgano de contratación, por otro, la establecida entre aquel y los terceros destinatarios de la prestación y de los que, si así se ha señalado en los pliegos, obtendrá toda o parte de la contraprestación, y, por último, la que mantendrá el concesionario con la Administración Pública únicamente respecto de la supervisión del cumplimiento del contrato y, en su caso, de las fórmulas de financiación privada.

Se trata de un contrato al que, además de la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, se le aplicará la legislación sectorial específica, principalmente la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de

(892) 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, la realización de las mismas 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 esta, al TRLCSP y a la LCSP.



autopistas en régimen de concesión (893), y el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

El artículo 14.1 dispone que la concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones que comprende el contrato de obras del artículo 13, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

El artículo 14.4 de la LCSP establece que el derecho de explotación de las obras, a que se refiere el artículo 14.1, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y 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.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional 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.

El artículo 14.2 de la LCSP dispone que el contrato de concesión de obras podrá comprender, además, 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 sirve de soporte material, y 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 apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

El artículo 14.3 de la LCSP dispone que el contrato de concesión de obras podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar,

(893) Informe JCCA número 38/1972, señala que, en lo referente a la concesión de obra pública de autopistas, la legislación de contratos de concesión de obras de la LCSP se aplicará con carácter supletorio a su norma específica.

– Mantenimiento de la infraestructura por cuenta del concesionario:

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, 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. 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.

Por ello, en el entorno de un contrato de concesión de obras, el abandono de la explotación de la obra por el concesionario será causa de resolución contractual, pues la obligación que le incumbe de prestar el servicio de forma regular y continuada impide su dejación y abandono, vulnerándose, en tal caso, uno de los deberes esenciales del concesionario. Por lo tanto, supone una voluntad deliberada y consciente de no atender las exigencias esenciales del contrato, legitimando la resolución del contrato por incumplimiento grave del contratista (897).

2. Nota característica: riesgo operacional

De acuerdo con lo señalado en el inciso final del artículo 14.1, en este tipo de contrato la contraprestación a favor del concesionario consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del artículo 14.4 de la LCSP, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

En este sentido, el citado artículo 14.4 establece que el derecho de explotación de las obras deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios (898) objeto del contrato y por 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.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como conse-

(897) Dictamen del Consejo de Estado número 596/2020, de 10 de diciembre.

(898) Informe JCCA de Cataluña 9/2016 en el que señala que el riesgo de disponibilidad se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional. La disponibilidad es debida a factores externos a la propia empresa contratista si fuera consecuencia del riesgo tecnológico asumido.

– En el derecho a explotar la obra acompañado del de percibir un precio.

Para que sea aplicable esta 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 (905), de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente de la obra o, incluso, de otros organismos nacionales (906) o internacionales (907).

Además, el artículo 283.1 de la LCSP dispone que 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, que se ajustará a lo establecido en el artículo 243 de la LCSP.

c) *Contrato de concesión de servicios*

1. Concepto

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. 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 su imparcialidad (908). De este modo, si no está justificada por circunstancias

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».

(905) Artículo 265.2 de la LCSP.

(906) Artículo 265.3 de la LCSP.

(907) Sería, por ejemplo, el caso de los Fondos de Cohesión, FEDER o del Banco Europeo de Inversiones.

(908) SSTJUE de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, de 21 de julio de 2005, *Coname*, de 13 de septiembre de 2007, *Comisión/Italia*, y de 17 de julio de 2008, *ASM Brescia*, y de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*.

cesionario estará sujeto al cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones previstas en la legislación, en el PCAPS y en el resto de la documentación contractual.

El artículo 289 de la LCSP dispone que las contraprestaciones económicas pactadas se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, que 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 (913), 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 (914).

El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional (915), en los términos ya señalados en el artículo 14.4 de la LCSP, que ya se ha analizado al tratar del contrato de concesión de obras, es decir, 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 (916) que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (917).

(913) Capítulo II del Título III del Libro Primero, artículos 103 a 105, de la LCSP.

(914) Artículo 267.6 de la LCSP.

(915) 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 OARC número 102/2017, de 20 de septiembre, que califica como concesión de servicios la explotación de cafetería y máquinas expendedoras en un hospital.

(916) Resolución del TACRC número 382/2019, en la que señala que la transferencia del riesgo operacional se concreta, principalmente, en que aquel está relacionado con diferentes conceptos de costes: en el caso concreto, relativo a un contrato de servicios en el sector de transportes, el concesionario asume el coste de los salarios, del combustible y su fluctuación, así como de los costes de amortización de la flota.

(917) No sería, por ejemplo, el caso de un contrato en el que se abona al concesionario del servicio una renta mínima garantizada anual, desvinculada de los resultados de la actividad desarrollada. Por el contrario, sí sería el caso del supuesto analizado en la Resolución del TACRC número 905/2019, de 1 de agosto, en la que considera que se ha aplicado adecuadamente el «reparto del riesgo operacional», previsto en el artículo 15.2 de la LCSP, cuando, sin perjuicio de que las condiciones económicas de ejecución del contrato se determinaran definitivamente en base a la oferta, se cumplan estas condiciones:

- El adjudicatario obtendrá rentabilidad en base a su capacidad de implementar aquellas medidas de eficiencia energética, tomando como punto de partida las especificaciones técnicas y económicas contenidas en la auditoría energética, y que podrán ser de alcance diverso, sien-

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 (918). Por ello, determinados contratos que, con arreglo al TRLCSP se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora con la LCSP a ser contratos de servicios.

do el objetivo de ejecutar una actuación global e integrada de gestión energética que permita dar cumplimiento a las nuevas exigencias normativas y sociales de eficiencia energéticas, así como ampliar las instalaciones de alumbrado público, sin que ello suponga incurrir en gastos superiores a los que, en la actualidad, viene soportando por la adquisición en el mercado de los suministros y servicios que comprenden las prestaciones.

- El concesionario comparte el riesgo de disponibilidad o de suministro para el caso de no llegar a alcanzar el nivel de ahorro necesario para amortizar la inversión.
- La administración asume el riesgo derivado del incremento de los precios de la energía o de los asociados al mantenimiento y conservación y, para ello, incluye una fórmula de revisión de precios.

(918) En la Memoria del Consejo de Estado ejercicio 2017, Apartado «Sobre Contratación administrativa», c) «Sobre la naturaleza de las concesiones de autopistas», señala que la concesión de autopistas, en cuanto mixta de obra pública y servicio público, pivota sobre su configuración como un arrendamiento de obra (*locatio operis*) en el que su esencia radica en el riesgo y ventura que asume el contratista (Dictámenes números 108/2017, de 1 de junio, 396/2017, de 22 de junio, y 877/2017, de 12 de abril de 2018) y que, aunque en la fase de gestión de la obra se modula por la idea de equilibrio económico-financiero, no puede dejarlo sin efecto. Hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado el «alea normal del contrato», es decir, la pérdida o el beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice al concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio y, en esta hipótesis, contrario a los intereses públicos y a los principios de la justicia (SSTS de 2 de julio de 1873 y de 25 de marzo de 1915, lo que, según la STS 24 de abril de 1985 representa «una interpretación que conduce al absurdo»), transformando el contrato de concesión en un contrato de servicios. No obstante, el riesgo es compatible con la asunción por parte del Estado del coste de explotación de la concesión con el fin de disminuir el precio que debe pagar el usuario, pero no suponer la eliminación del riesgo de explotación que corresponde al concesionario. Tiene su límite en la no pérdida, esto es, en la compensación de la inversión efectuada. Lo que no puede asegurarse es un beneficio, un rendimiento positivo, al concesionario desvinculado causalmente del uso efectivo de la infraestructura, como se ha señalado en el citado Dictamen 396/2017.

Informe JCCPE número 84/2021, con cita del número 87/2018, en el que señala que en esta alternativa se encuentran los contratos relativos a la celebración de festejos taurinos, aunque es decisivo a efectos de ser calificado como contrato privado lo previsto en el artículo 25 de la LCSP que considera como tales los que tengan por objeto los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, entre los cuales debe incluirse a los espectáculos taurinos.



Por tanto, la LCSP configura este tipo de contrato dentro de la categoría de los contratos administrativos «típicos» (919) y lo caracteriza por las siguientes notas distintivas que hay que interpretar a la luz del artículo 5.1.b) de la Directiva 2014/23/UE:

En primer lugar, 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 y sanitarios) y educativos, o para 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 se garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

En el seno de esa actividad discrecional que ejerce el poder o poderes adjudicadores (920), se trata de un contrato por el que se encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la explotación de un servicio cuya prestación es de su titularidad o competencia (921). En este sentido, la LCSP a

(919) 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, en la disposición adicional vigésima segunda de la LCSP, se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta, siguiendo el criterio de la STJUE 196/2008 en el caso ACOSSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 5 de febrero de 2008, relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de Contratación Pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada.

(920) De la citada redacción puede deducirse que la LCSP (artículo 15 y artículos 284 a 297) amplía el ámbito de aplicación subjetivo a uno o varios poderes adjudicadores, es decir, a un Poder Adjudicador Administración Pública y a un Poder Adjudicador No Administración Pública, en lugar de la situación anterior en la que los contratos de gestión de servicios públicos se podían celebrar solamente por un Poder Adjudicador Administración Pública y por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social solamente en relación con la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

(921) Resolución del TACRC número 1134/2019, de 14 de octubre, en la que, en relación con un contrato calificado como de concesión de servicios de agencia de viajes, señala que no se trata de un contrato de esta naturaleza porque «Parece claro que no forma parte de la competencia de la Universidad la prestación del servicio de Agencia de Viajes».

Por el contrario, 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



lo largo de su articulado complementa la redacción del mencionado artículo 15 estableciendo los siguientes límites:

El artículo 284.1 y 3 de la LCSP dispone que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (922), 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 (923), sino también, cuando sin serlo, este ostente su titularidad.

En segundo lugar, el poder adjudicador se reserva en los pliegos algunas facultades de dirección, control y supervisión de los servicios cuya prestación sea de su titularidad o competencia (924). El artículo 287 de la LCSP señala que el poder

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 prestar el servicio al público, y del OARC número 102/2017, de 20 de septiembre, que califica como concesión de servicios la explotación de cafetería y máquinas expendedoras en un hospital.

(922) Tales como los que afectan 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 aun 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 medio propio.

(923) 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 un Poder Adjudicador No Administración Pública, lo refieren a un poder adjudicador.

(924) STS de 8 de marzo de 2021 en la que analiza, en interés casacional, una cuestión muy interesante a la vista de la Directiva 2014/23/UE, consistente en analizar «si los contratos de alquiler de local de AENA, atendiendo al pliego de cláusulas contractuales en ciernes, deben ser calificados de contratos de arrendamiento o, por aplicación de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, deben calificarse como contrato de concesión de servicios». El Tribunal señala que se trata de un contrato de concesión de servicios, entre otras razones, en que se calificaba el contrato como «arrendamiento de locales de negocio, cuyo objeto consiste en locales que se destinan a la actividad de restauración». Sin embargo, tiene unas condiciones de contratación que no se ajustan a las propias de un contrato de arrendamiento, pues la arrendadora se reserva, entre otras, las facultades de dirección de la actividad, determina los productos, la comida y la bebida que puede



adjudicador (925) conservará los poderes de policía solamente cuando la concesión recaiga sobre un servicio público, y adiciona que esta únicamente podrá ser objeto de hipoteca en caso en que con lleve la realización de obras o instalaciones fijas necesarias para la prestación del servicio, y exclusiva mente en garantía de deudas que guarden relación con ella.

En último lugar, el artículo 297 de la LCSP dispone que, en lo no previsto en el Libro Segundo, Título II, Capítulo III 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.

2. Diferencias con el contrato de concesión de obras

Aunque suele entenderse que la principal diferencia entre ambos contratos radica en que en el contrato de concesión de obras se requiere la construcción de una infraestructura, no obstante, en el terreno de la práctica se observa que se trata de una diferencia, en algunos casos, aparente pues si bien es cierto que la retribución del concesionario de obras se vincula a la ejecución de la obra, en la concesión de servicios puede preverse que el concesionario esté obligado a ejecutar ciertas obras previas para la instalación del servicio.

Por lo tanto, para dirimir cuándo se estará en presencia de una concesión de obras o de servicios, resultará necesario delimitar el objeto de cada una de ellas. Así, mientras en la concesión de obras el objeto lo constituye la ejecución de una obra de tal naturaleza, pactándose como retribución la explotación de la obra durante un período de tiempo, en la concesión de servicios el objeto está constituido por la explotación o gestión del servicio en sí mismo, retribuyendo al concesionario con el importe de las tarifas que los usuarios deben pagar, aunque, en determinados casos, en este contrato pueda requerirse, con carácter previo al comienzo de la explotación, la realización de alguna obra que correrá a cargo del propio concesionario (926).

De lo señalado, cabe concluir que lo decisivo es que el objeto principal, en la concesión de obras, es la ejecución de la correspondiente obra, mientras que

ofrecerse al público, establece el nivel de calidad de los productos, fija los precios máximos para su venta, interviene de la decoración de los locales, está informada sobre el personal que presta servicios, su antigüedad o sus retribuciones, además de la exigencia de presentación de planes y estudios de viabilidad económica, de seguimiento y control de ventas.

(925) El artículo 287 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 un Poder Adjudicador No Administración Pública, lo refieren a un Poder Adjudicador.

(926) Informa JCCPE número 28/2019, de 16 de marzo, en el que señala que, si en los pliegos no se establece la obligación del concesionario de realizar ciertas obras, estas deben correr por cuenta de la entidad contratante para, con posterioridad, ser puestas a disposición de aquel.

en la concesión de servicios lo capital es la explotación del servicio, con independencia de que, en algunos casos por la naturaleza de este, el concesionario tuviera que asumir, con carácter previo y accesorio respecto a la explotación del servicio (927), la realización de determinadas obras de instalación (928).

En relación con lo señalado, en los PCAPS y los PPTS, dentro de las actuaciones preparatorias del contrato, el artículo 285 de la LCSP dispone que deberán hacer referencia, al menos, a la definición del objeto del contrato (929), a la distribución de riesgos entre el poder adjudicador (930) y el concesionario en función de las características particulares del servicio, a 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 (931), 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 (932), a 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, y, cuando los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, a la elaboración y aprobación administrativa previa 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.

3. Equilibrio económico

En relación con la modificación contractual, el artículo 290 de la LCSP dispone que la Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones

(927) Informe JCCA número 49/2009, de 26 de febrero, en el que estudia que para la explotación del servicio de restauración en una piscina pública el concesionario tuviera que realizar determinadas obras para acondicionar el recinto.

(928) STJUE de 19 de abril de 1974.

(929) 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.

(930) 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 un Poder Adjudicador No Administración Pública, lo refieren a un Poder Adjudicador.

(931) Artículo 214.2.c) de la LCSP.

(932) 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).



de interés público y si concurren las circunstancias generales previstas en los artículos 203 a 207 de la LCSP. Añade, sin embargo, que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

El artículo 290.3 establece que se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato cuando la Administración realice una modificación contractual, y cuando las actuaciones del concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, y, excepcionalmente, cuando concurrieran causas de fuerza mayor del artículo 239 de la LCSP que determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía 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 del poder adjudicador (933) o en el estudio que haya podido realizar el concesionario. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá consistir en la modificación de las tarifas y de la retribución a abonar por el poder concedente, en la reducción o ampliación del plazo de la concesión (que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente) y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Respecto de esta figura de la ruptura del equilibrio económico del contrato (934), es preciso significar que deben concurrir las siguientes condiciones:

- Ha de existir una efectiva alteración de la base del negocio, es decir, un cambio sustancial en la expectativa común que animó a los contratantes a celebrar el negocio jurídico, lo que implica la base del negocio subjetiva o expectativa

(933) El artículo 290 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 un Poder Adjudicador No Administración Pública, lo refieren a un Poder Adjudicador.

(934) El Consejo de Estado (Dictámenes números 3.205/2003, de 20 de noviembre, 635/2005, de 5 de mayo, 619/2014, de 3 de julio, 637/2019, de 3 de octubre, y 596/2020, de 10 de diciembre) no ha sido ajeno a la construcción de la doctrina del «restablecimiento del equilibrio económico» cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1849, recaído en el asunto de *Portazgo de Soncillo*, hasta los dictámenes más recientes, el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello solo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebra enteramente el equilibrio contractual.

de beneficio es sentida por las partes, pero también la base del negocio objetiva, que es la que posibilita que el contrato continúe siendo una reglamentación común de intereses dotada de un fin. Por ello, la alteración del negocio se da primordialmente cuando la equivalencia entre la prestación y la contraprestación pactada varía sustancialmente.

- El principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la Contratación Pública no cede, sin más, porque se advierta una alteración sobrevenida de las circunstancias, sino porque esta, al margen de los supuestos de fuerza mayor del artículo 239 de la LCSP, es de tal naturaleza que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por la concurrencia conjunta de su excesiva onerosidad, de su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios, cuando proceda entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales. Por ello, dicho principio impide al contratista trasladar a la Administración los riesgos de su actividad como, por ejemplo, el riesgo de falta de demanda, pues en casos como este, era obligación del contratista evaluar las ventajas que, en su caso se establecían en los pliegos, antes de formular su correspondiente proposición.

El artículo 290.6 de la LCSP dispone que el contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato, o 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 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 suponga 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. Cuando el contratista desistiera del contrato, la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

4. Ejecución

En sede de ejecución del contrato de concesión de servicios, los artículos 291 a 293 de la LCSP recogen la reversión de la concesión, la falta de entrega de contraprestaciones económicas y medios auxiliares por parte de la Administración, y el secuestro o intervención del servicio público.

Respecto a la reversión, el artículo 291.1 dispone que, finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. La reversión es gratuita y la Administración no tiene que satisfacer ningún importe dado que hay que entender que, durante la concesión, el concesionario ha visto compensada su inversión.

El principio de que al extinguirse una concesión deban revertir a los bienes e instalaciones necesarios para la prestación del servicio, que la empresa concesionaria ha debido amortizar durante el tiempo de duración de la concesión, es una consecuencia lógica de que la titularidad del servicio corresponde a entidad pública y de que esta, al extinguirse la concesión, debe continuar prestando dicho servicio (935).

En relación con la falta de entrega por la Administración de las contraprestaciones económicas y medios auxiliares, el artículo 292 establece que, si no procediese la resolución del contrato o no la solicitase el concesionario, este 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.

Por último, el artículo 293 de la LCSP señala que, si por causas ajenas al concesionario o bien del incumplimiento por parte de este se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio, se podrá acordar el secuestro o intervención del servicio 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, y resultará de aplicación el régimen de penalidades establecidas en el artículo 264 respecto de la concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de la concesión de servicios (936).

(935) STS 29 de mayo de 2000.

(936) En relación con el 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 este.
- Se mantiene 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, tanto si el incumplimiento fue debido a causas ajenas al concesionario como a incumplimientos por parte de este, 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 cuanto a las causas de resolución y a sus efectos, los artículos 294 y 295 de la LCSP dispone que son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

- 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. En este caso, el concesionario (937) tendrá derecho, a partir 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 (938), y de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

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. Una cosa es que el concesionario no pueda hacer frente a la explotación de la obra por causas ajenas al mismo, y otra bien distinta que el incumplimiento grave que pusiera en peligro dicha explotación sea imputable al mismo. En este último caso, la causa motivadora de la posible imposición de penalidades derivaría de la imputabilidad al concesionario del incumplimiento del mencionado contrato. 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 períodos en los que estas 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»); artículo 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 artículo 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»).

(937) 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.

(938) Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento.



- 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. En tales supuestos para la gestión directa por razones de interés público [artículo 294 c)], de supresión del servicio por razones de interés público [artículo 294 d)], de imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato [artículo 294.e)] (939), 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 (criterio de amortización lineal de la inversión), y 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 aquella, habida cuenta de su grado de amortización.

El rescate se configura, por tanto, como una vía de resolución contractual que depende de la decisión unilateral del órgano de contratación, discrecionalmente adoptada, con la finalidad de garantizar la continuidad del servicio, finalidad que es reconocida en la propia LCSP.

- 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.
- La supresión del servicio por razones de interés público.
- La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

Estos supuestos han de ser interpretados restrictivamente, de forma que los citados acuerdos deben determinar una imposibilidad total de explotar el ser-

(939) A juicio de los autores de esta obra, no procede la inclusión de nuevo en el artículo 295.4 de la LCSP de la letra b) del artículo 294, pues difícilmente podrá ser objeto de indemnización por beneficios futuros y por la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella habida cuenta de su grado de amortización, cuando la 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 ese motivo, 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.



vicio, no simplemente dificultarlo por suponer restricciones o inconvenientes (940).

- El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior a 3 años (artículo 263.3 de la LCSP), sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

En estos últimos casos, a tenor del artículo 280 de la LCSP, 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 (941).

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 de insolvencia en cualquier otro procedimiento, 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.

d) Contrato de suministro

1. Concepto

El artículo 16 de la LCSP dispone que son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arren-

(940) STSJ de Canarias de 9 de mayo de 2000, en el caso de la gestión de un servicio de bar-restaurante, se estimó que la apertura de una vía de servicio del puerto, aun cuando supuso una restricción en la iluminación y ventilación de la cocina, servicios higiénicos y bodega del local objeto de concesión, así como otras inconveniencias, ello no impedía la explotación de la actividad.

(941) Artículo 280.3.a) de la LCSP.

damiento, con o sin opción de compra (942), de productos o bienes muebles (943).

La diferencia entre el arrendamiento financiero, el arrendamiento con o sin opción de compra y el contrato de *renting*, se encuentra en la intervención de un tercero que actúa como financiador de la operación en el contrato de arrendamiento financiero (944). Así, en el arrendamiento, con o sin opción de compra, se configura como una relación entre el proveedor, que cede el uso de un bien mediante la percepción de un precio, a un arrendatario, sin intervención de una tercera persona que financie la operación, pudiéndose establecer en el contrato el derecho de este a optar por la adquisición a su vencimiento por el valor residual. En el arrendamiento financiero se requiere que un tercero, que necesariamente ha de ser un establecimiento financiero de crédito –entidades oficiales de crédito, bancos, cajas de ahorro o cooperativas de crédito–, concierte la adquisición de un bien a un proveedor para luego, mediante un contrato diferente, ceder su uso a otro que dispone al vencimiento del correspondiente contrato de una opción de compra por el valor residual estipulado. Y, por último, en el contrato de *renting*, que es una forma de contrato de arrendamiento de un bien, no se incluye una opción de compra, pero sí otro tipo de prestaciones que, desde la calificación de

(942) 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.

(943) Véanse algunos ejemplos de objetos contractuales:

- Compra de bienes del Patrimonio Histórico Español: Informe JCCA número 55/1999, de 21 de diciembre, ya que se considera que integran dicho patrimonio los objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico arqueológico, etnográfico, científico o técnico (artículo 1.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español), resultando de aplicación, a tenor del artículo 168.a).2.º de la LCSP, el procedimiento negociado sin publicidad.
- Compra de semovientes: Informe JCCA número 21/1998, de 30 de junio, a tenor de los artículos 333 a 335 del Código Civil, sin que presente especialidad alguna el que el vendedor o suministrador ejerza o no la actividad ganadera.
- Construcción de un buque: Informe JCCA número 51/1997, de 2 de marzo de 1998, es un contrato de suministro de fabricación, dada la naturaleza mueble del bien que constituye su objeto. El buque se define como un «bien mueble registrable» (artículo 60.1 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima).
- 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.

(944) Informe JCCA número 18/2003, de 17 de noviembre.



los contratos prevista en la LCSP, coincide en la calificación de contrato mixto. La diferencia, por tanto, entre el arrendamiento financiero y el *renting* está en que, en este último, el arrendador asume el riesgo de la inversión, ya que su finalidad es ceder única y exclusivamente el uso del bien(945).

2. Modalidades

En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

- Los que el empresario se obligue a entregar 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 (artículo 16.3 a) de la LCSP)(946):

En relación con el artículo 16.3.a) de la LCSP, en el que se recoge la figura del llamado «suministro abierto», hay que tener presente que la disposición adicional trigésimo tercera de la LCSP dispone lo siguiente respecto a los contratos de suministro y servicios en función de las necesidades:

«En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, 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, 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 la documentación que rijan la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 204 de esta Ley. 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».

(945) STS de 19 de enero de 2000.

(946) El artículo 16.3.a) de 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 en la Circular 7/2009, de 14 de julio, de la Abogacía General del Estado, sobre los acuerdos marco en contratos de suministro en relación con la interpretación del artículo 9.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Dicha disposición adicional solamente está imponiendo que, cuando los contratos de suministro se tramiten por las Administraciones Públicas y demás entidades del Sector Público con presupuesto limitativo, se apruebe un presupuesto máximo, debido al rigor del conjunto de las normas presupuestarias que les son aplicables.

Ello no impide que las demás entidades del Sector Público con presupuesto estimativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre el presupuesto base de licitación recogidas en el artículo 100 de la LCSP, pueden celebrar este tipo de contratos, contando, además, con que en el ámbito derecho mercantil son las que operan más frecuentemente en el marco de este tipo de «suministro abierto» (947).

En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las prestaciones reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en los PCAPS 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.

- Los que tengan por objeto la 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 (948), 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 (949) (no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables).

(947) Informe JCCPE número 14/2020. 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 llegaron a contemplar dicha posibilidad, ni la LCSP lo hace.

(948) STJUE de 3 de julio de 2012(Gran Sala), Caso *UsedSoft GMBH contra Oracle International Corp.*, Ponente: V. Skouris, Asunto C-128/11.

(949) 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 la prestación del servicio.

suministro por aplicación del artículo 16.3.b) de la LCSP, a menos que se trate del desarrollo de programas de ordenador a medida del órgano de contratación en la nube, en cuyo caso al disponerse de la propiedad que implica poder enajenar, ceder y utilizar libremente ese programa e incluso de modificarlo con cualquier finalidad, se tratará de contratos de servicios (953), con su propia codificación CPV bajo los epígrafes 84210-84250, 84990 y 84240.

Esta conclusión coincide con la naturaleza de la prestación contractual: Cuando se trata de un contrato en que predomine la obligación de entrega su naturaleza, será la de un suministro, mientras que, cuando lo que predomine sea una obligación de hacer, el contrato será un servicio (954).

A esta conclusión no obsta el hecho de que el artículo 16.3.b) de la LCSP aluda a la cesión del derecho de uso en relación con «la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas...», porque carecería de sentido cambiar la calificación jurídica del contrato por el mero hecho de que la prestación incluya el uso remoto de las infraestructuras físicas del contratista cuando tal uso es imprescindible para que los programas empleados en la nube puedan ejecutarse y, además, el contrato seguiría siendo un suministro si se produjera el arrendamiento de los equipos físicos.

- Si las entidades del Sector Público son titulares de un contrato o licencia (uso de activos informáticos situados en la nube del proveedor), porque tienen como objeto la cesión del derecho de uso de los dispositivos informáticos o programas a favor de la entidad contratante:

En este supuesto, siguen la misma regla conforme a la cual deben ser calificados como contratos de suministro y con la misma excepción de los programas a medida.

- Los de suministro fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta 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 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 PCAPS, sin embargo, añade que se acomodarán a las relativas al contrato de suministro

(953) Informe JCCPE número 4/2016, de 30 de junio.

(954) Informe JCCPE número 58/2018, de 15 de julio de 2019.

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 dispone que, dentro de las facultades de la Administración en el proceso de fabricación, se encuentra la 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.

- Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada. Se trata de una modalidad que se encuentra pendiente de desarrollo (955), pero parece que permitiría la implementación de los contratos *Power Purchase Agreement*, es decir, contratos celebrados entre un consumidor y un productor de energía, entre un productor y un comercializador, o entre comercializadores entre sí para comprar electricidad a un precio prefijado, en unas condiciones acordadas y para un periodo de tiempo establecido previamente. En el ámbito del Sector Público se trataría de contratos celebrados entre ente público (consumidor) y un productor de energía.

e) *Contrato de servicios*

1. Concepto

El artículo 17 de la LCSP dispone, por exclusión con el objeto de los contratos administrativos «típicos» de obras y suministros, que son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el contratista (956) se obligue a ejecutar

(955) El Real Decreto-ley 36/2020, como ya se ha señalado en esta obra, contiene una referencia especial a los contratos de suministro y servicios de carácter energético, disponiendo que se puede establecer un plazo de duración superior al establecido con carácter general de 5 años para los contratos de suministro, con un máximo de 10 años, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas 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 suministro o servicio, circunstancias que deben ser justificadas en el expediente de contratación, con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.

(956) A juicio de los autores de esta obra, el primer párrafo del artículo 17 de la LCSP se refiere indebidamente al «adjudicatario».

el servicio de forma sucesiva y por precio unitario (957). No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (958).

Respecto del contrato de servicios concertado en función de las necesidades (incluyendo aquellos en que el contratista se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario), la disposición adicional trigésima tercera de la LCSP (959) dispone lo siguiente:

«En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, 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, 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 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 esta Ley. 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».

Dicha disposición adicional solamente está imponiendo que, cuando los contratos de servicios se tramiten por las Administraciones Públicas y demás entidades del Sector Público con presupuesto limitativo, se apruebe un presupuesto máximo, debido al rigor del conjunto de las normas presupuestarias que les son aplicables. Ello no impide que las demás entidades del Sector Público con presupuesto estimativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre el presupuesto base de licitación recogidas en el artículo 100 de la LCSP, pueden celebrar este tipo de contratos, contando, además, con que en el ámbito derecho mercantil son las que operan más frecuentemente en el marco de este tipo de servicios en función de necesidades (960).

(957) Sigue el criterio que establece el artículo 2.1.9 de la Directiva 2014/24/UE.

(958) Informes JCCA número 52/2009, de 26 de febrero de 2010, y número 2/2006, de 24 de marzo.

(959) Esta posibilidad no se preveía con anterioridad al TRLCSP que, sin embargo, la introdujo en la disposición adicional trigésimo cuarta.

(960) Informe JCCPE número 14/2020. Algunos órganos de contratación han acuñado para este tipo de contratos la denominación de «Suministros Abiertos» que, finalmente, se ha apli-

2. Objeto

Lo primero que hay que señalar es que, en la propia LCSP, se excluyen de su aplicación determinados contratos de servicios que, en consecuencia, se registrarán por sus normas especiales actuando dicha Ley, a tenor de lo previsto en el artículo 4, para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (961).

La LCSP no establece, sin embargo, una regulación específica relativa para la preparación y la adjudicación de los contratos de servicios, limitándose a regular algunos aspectos concretos de algunos contratos.

El artículo 308.1 de la LCSP dispone que, salvo que se disponga otra cosa en los PCAPS o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan

cado 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.

- (961) 1. Contratos celebrados en el ámbito de la seguridad o de la defensa que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la LCSPDS, así como aquellos a los que no resulte de aplicación la citada Ley en virtud de lo establecido en su artículo 7 (artículo 5.2 de la LCSP).
2. Contratos de investigación y desarrollo en los términos establecidos en LCSP (artículo 8).
3. Contratos relativos a servicios financieros (artículo 10 de la LCSP).
4. Las relaciones de servicios de los funcionarios públicos y los contratos regulados por la legislación laboral (artículo 11.1 de la LCSP).
5. 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 (artículo 11.2 de la LCSP).
6. Contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación (artículo 11.3 de la LCSP).
7. Contratos en los que una entidad del sector público se obliga a prestar un servicio (artículo 11.4 de la LCSP).
8. Los servicios relacionados con campañas políticas, incluidos en los códigos CPV 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando sean adjudicados por un partido político (artículo 11.5 de la LCSP). Debe recordarse que, aunque los partidos políticos no tienen la consideración de entes del sector público, que quedan sujetos a la LCSP en los términos contemplados en esta (artículo 3.4 de la LCSP).
9. La prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación (artículo 11.6 de la LCSP).



por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante (962).

En este caso, el Legislador se refiere a contratos de servicios por los que se adquieren programas de ordenador desarrollados a medida de la entidad pública contratante ya que, en caso contrario, se estarían ante un contrato de suministro a tenor de lo previsto en el artículo 16.2.b) de la LCSP («programas estandarizados»). La diferencia fundamental entre ambos tipos de programas radica en que en un programa a medida se adquiere la propiedad del mismo, lo que implica poder enajenar, ceder y utilizar libremente ese programa así como, en la medida en que se adquiere también el código fuente del mismo, poder modificar ese programa con cualquier finalidad, mientras que, en un programa estandarizado, el órgano de contratación adquiere únicamente la licencia de uso del mismo (963).

En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al Sector Público, pero, para que ello sea efectivo, a tenor del último párrafo del artículo 122.2 de la LCSP, es necesario que en los PPTS (964) se pueda especifici-

(962) Respecto a este asunto, ha de tenerse presente que, desde el 2 de abril de 2021 en el seno de la Administración General del Estado, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos, establece un requisito adicional que ha de constar incluido en el expediente de contratación. Así el artículo 64 dispone que las Administraciones Públicas, con carácter previo a la adquisición, desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación, tanto si se realiza con medios propios o por la contratación de los servicios correspondientes, deberán consultar en el Directorio general de aplicaciones de la Administración General del Estado para su libre reutilización, si existen soluciones disponibles para su reutilización, que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir, y siempre que los requisitos tecnológicos de interoperabilidad y seguridad así lo permitan.

Las conclusiones con respecto al resultado de dicha consulta al directorio general se incorporarán en el expediente de contratación y reflejarán, en su caso, que no existen soluciones disponibles para su reutilización que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir.

En el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, la justificación de la no reutilización se realizará en términos de eficiencia conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

(963) Informe JCCA número 4/2016, de 30 de junio.

(964) El artículo 16.4 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, especifica que deberá incluirse la correspondiente cláusula en «en los pliegos de cláusulas técnicas».



car «si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 308 respecto de los contratos de servicios». En este sentido, debe tenerse especialmente presente lo señalado en el artículo 16, «Condiciones de licenciamiento aplicables», del Capítulo VIII, «Reutilización y transferencia de tecnología», del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica, que dispone lo siguiente:

«1. Las condiciones de licenciamiento de las aplicaciones informáticas, documentación asociada, y cualquier otro objeto de información cuya titularidad de los derechos de la propiedad intelectual sea de una Administración Pública y permita su puesta a disposición de otra Administración y de los ciudadanos tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El fin perseguido es el aprovechamiento y la reutilización de recursos públicos.
- b) La completa protección contra su apropiación exclusiva o parcial por parte de terceros.
- c) La exención de responsabilidad del cedente por el posible mal uso por parte del cesionario
- d) La no obligación de asistencia técnica o de mantenimiento por parte del cedente.
- e) La ausencia total de responsabilidad por parte del cedente con respecto al cesionario en caso de errores o mal funcionamiento de la aplicación.
- f) El licenciamiento se realizará por defecto sin contraprestación y sin necesidad de establecer convenio alguno. Solo se podrá acordar la repercusión parcial del coste de adquisición o desarrollo de las aplicaciones cedidas en aquellos casos en los que este pago repercuta directamente en el incremento de funcionalidades del activo cedido, incluya adaptaciones concretas para su uso en el organismo cesionario, o impliquen el suministro de servicios de asistencia o soporte para su reutilización en el organismo cesionario.

2. Las Administraciones Públicas utilizarán para las aplicaciones informáticas, documentación asociada, y cualquier otro objeto de información declarados como de fuentes abiertas aquellas licencias que aseguren que los programas, datos o información cumplen los siguientes requisitos:

- a) Pueden ejecutarse para cualquier propósito.
- b) Permiten conocer su código fuente.
- c) Pueden modificarse o mejorarse.
- d) Pueden redistribuirse a otros usuarios con o sin cambios siempre que la obra derivada mantenga estas cuatro garantías.



3. Para este fin se procurará la aplicación de la Licencia Pública de la Unión Europea, sin perjuicio de otras licencias que garanticen los mismos derechos expuestos en los apartados 1 y 2.

4. *A efectos de facilitar el establecimiento de las condiciones de licenciamiento, las Administraciones Públicas incluirán en los pliegos de cláusulas técnicas de aquellos contratos que tengan por finalidad el desarrollo de nuevas aplicaciones informáticas, los siguientes aspectos:*

- a) Que la Administración contratante adquiera los derechos completos de propiedad intelectual de las aplicaciones y cualquier otro objeto de información que se desarrollen como objeto de ese contrato.
- b) Que, en el caso de reutilizar activos previamente existentes, la Administración contratante reciba un producto que pueda ofrecer para su reutilización posterior a otras Administraciones Públicas. Además, en el caso de partir de productos de fuentes abiertas, que sea posible declarar como de fuentes abiertas la futura aplicación desarrollada» (la cursiva es de los autores de esta obra).

Por lo que respecta a la aplicación del citado artículo 308.1 de la LCSP es muy interesante apuntar lo que señala la STJUE de 28 de mayo de 2020 en la que resuelve una cuestión prejudicial, planteada por un tribunal alemán y centrada en si constituye un contrato público, en el sentido de la Directiva 2014/24/UE [Considerandos 31 y 33, y artículos 2.1, punto 5, y 12.4, letras a) a c)(965)], la

(965) Considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE: «El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación».

Considerando 33 de la Directiva 2014/24/UE: «Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores».

El artículo 2.1, punto 5), de la Directiva 2014/24/UE define los contratos públicos como «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

El artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE: «Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

cesión de *software* acordada por escrito entre dos organismos de la Administración pública y vinculada a un convenio de cooperación existente entre ambas, habida cuenta de que, aunque la entidad cesionaria no debe pagar ni precio ni compensación de costes, sin embargo, el convenio de cooperación vinculado a dicha cesión del *software* dispone que cada una de las partes y, por tanto, también la entidad cesionaria, debe poner a disposición de la otra parte gratuitamente cualesquiera nuevos desarrollos futuros, si bien no obligatorios, de dicho *software*. Además, acontece que, en este caso, la adquisición del «*software* básico» implica que los futuros contratos por los que se celebren futuros desarrollos se adjudicarán al mismo operador, dado que solo él estará en posición de adaptarlo y de garantizar su mantenimiento y servicio técnico.

El Tribunal finalmente concluyó que se estaba en presencia de un contrato público, incluido en el artículo 2.1, punto 5, de la Directiva 2014/24/UE que dispone que son contratos públicos «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios». Para llegar a dicha conclusión, se fija en la finalidad global de la operación diseñada para valorar si se ha celebrado a título oneroso e implica, por tanto, que el poder adjudicador que celebra un contrato público reciba en virtud de este, mediante una contrapartida, una prestación que debe comportar un interés económico directo para ese poder adjudicador, y que debe tener carácter sinalagmático, constituyendo este rasgo una característica esencial de los contratos públicos (966). Por tanto, hay que analizar caso a caso si el conjunto contractual (en la cuestión prejudicial analizada, el contrato de cesión del *software* y el contrato de cooperación), tiene carácter sinalagmático pues en caso afirmativo, como era el caso, habría que considerar que se trata de un verdadero contrato público.

El artículo 308.2 de la LCSP dispone 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. A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el

b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y

c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación».

(966) SSTJUE de 10 de noviembre de 2005 y de 21 de diciembre de 2016.



ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.

En este apartado, el legislador 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 Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET), ya que 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 (967), 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 (968), 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

(967) STS de 28 de marzo de 2017 razona que cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad.

(968) 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.



de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores (969), aplicables directamente a las entidades que sean Poder Adjudicador Administración Pública y Poder Adjudicador No Administración Pública, 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 (970).

(969) 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.

(970) 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.



El artículo 308.3 de la LCSP dispone que en los contratos de servicios que impliquen el desarrollo o mantenimiento de aplicaciones informáticas(971) el objeto del contrato podrá definirse por referencia a componentes de prestación del servicio. A estos efectos, en el PCAPS 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 PCAPS.

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 sean necesarias para la programación de las anualidades y durante el período de ejecución.

El artículo 308.4 de la LCSP, introducido por la disposición final primera, Cuatro de la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura(972), dictada en función del grupo de reformas estructurales impuestas por el Mecanismo de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dispone que podrá contratarse de forma conjunta la redacción de proyectos y la dirección de obra, para garantizar la coordinación y continuidad entre la fase de redacción y la de ejecución, y concretar algunos condicionantes cuya existencia podrá tomar en consideración el órgano de contratación a efectos de estimar la especial complejidad de los proyectos arquitectónicos, de ingeniería y urbanismo(973), cuando la contrata-

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. (971) Téngase presente el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica (BOE número 25, de 29 de enero) que, en su artículo 11.2, sobre «Estándares aplicables», señala que «Para la selección de estándares, en general y, para el establecimiento del catálogo de estándares, en particular, se atenderá a los siguientes criterios: a) El uso de las especificaciones técnicas de las TIC en la contratación pública junto con las definiciones de norma y especificación técnica establecidos en el Reglamento núm. 1025/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre normalización europea».

(972) BOE número 142, de 16 de junio, con entrada en vigor, a tenor de la disposición final séptima, el día 17 de junio de 2022.

(973) La disposición final primera, Dos de la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, adiciona un párrafo segundo al artículo 183.3 de la LCSP en virtud del cual, en sede de concursos de proyectos, «A efectos de estimar la especial complejidad de un proyecto, el órgano de contratación podrá tomar en consideración la existencia de condicionantes técnicos,

ción separada conllevará una merma en la calidad de las prestaciones objeto del contrato, dificultando la coordinación y continuidad entre la fase de redacción del proyecto y su ejecución en obra. El órgano de contratación motivará debidamente en el expediente que concurren estas circunstancias (974).

El artículo 310.1 de la LCSP recoge un régimen especial para la contratación 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, entendiéndose incluidos los «cursos» (975), siempre que dichas actividades sean realizadas por personas físicas, señalando que las disposiciones de la LCSP no serán de aplicación a la preparación y adjudicación del contrato.

A tenor del artículo 310.3 de la LCSP, para acreditar la existencia de estos contratos bastará la designación o nombramiento por autoridad competente. Por tanto, en este tipo de contratos no resulta de aplicación la exigencia de memoria, del PCAPS y, en su caso, del PPTS y a la utilización de criterios de adjudicación para seleccionar al contratista (976).

3. Servicios especiales

Una cuestión de enorme trascendencia es la novedad, de que se haya incluido en el Anexo IV de la LCSP los «Servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1.c), 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta», es decir, los llamados «Servicios Especiales».

La cuestión que se plantea es si los contratos administrativos que tienen cabida en el mismo serán solamente los contratos de servicios, como se deduce del propio título del Anexo, o si, también, podrán ser celebrados a su amparo contratos de concesión de servicios del artículo 15 de la LCSP.

medioambientales, paisajísticos, funcionales, urbanísticos o de otra índole que precisen de una especial respuesta, innovación u originalidad en aras a obtener prestaciones de gran calidad».

(974) Disposición transitoria primera. Expedientes de contratación a los que no será de aplicación lo previsto en esta ley.

«Las especificidades en materia de contratación pública que establece la presente ley no serán de aplicación a los expedientes de contratación que se hubieran iniciado con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor. A estos efectos, se estará a lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, para determinar si un expediente de contratación ha sido iniciado».

(975) Informe JCCA número 19/2002, de 13 de junio, en el que señala que los «cursos» no hace falta que hayan de tener por objeto la formación o el perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración.

(976) Informe JCCA número 13/1997, de 14 de julio.



En un primer momento, a tenor del artículo 22.1.c), cabría circunscribir la satisfacción de este tipo de servicios especiales al contrato de servicios porque el citado precepto dispone que serán contratos de servicios SARA aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 750.000 euros, cuando se trate de contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV. Sin embargo, el ámbito se amplía al analizar el artículo 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta de la LCSP que establecen que los servicios especiales, públicos o no, que reúnan las condiciones para ser celebrados a través de la figura del contrato de concesión de servicios, deberán publicitarse en todo caso mediante anuncio de información previa.

De acuerdo con lo indicado, y de lo previsto en el artículo 145.4, párrafo segundo de la LCSP que dispone que en los contratos de servicios del Anexo IV, así como en los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual(977), los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 a) del artículo 146, 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 del contrato de servicios(978).

El artículo 312 de la LCSP regula, dentro de los contratos de servicios, las especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Sin embargo, 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 van a mencionar continuación, podría tratarse perfectamente a través de la figura del contrato de concesión de servicios.

Las mencionadas prescripciones son las siguientes:

- 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 pro-

(977) Resolución del TACRC número 1595/2021, de 12 de noviembre, en la que analiza la doctrina del tribunal sobre la disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP sobre «Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo», es decir, sobre los «servicios de naturaleza intelectual por disposición legal».

(978) 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).

pia de la misma, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y que regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

- El adjudicatario estará sujeto a las siguientes obligaciones de 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, de cuidar del buen orden del servicio, de 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, de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.
- Los bienes afectos a estos servicios no podrán ser objeto de embargo.
- 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 hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.
- 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 con la finalidad de evitar la figura de la cesión ilegal de trabajadores prohibida por el artículo 43 del ET (979), se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios

(979) 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 socioculturales 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.



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.

- 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.
- Establece como causas específicas de resolución contractual, aparte de las generales del artículo 211 de la LCSP predicables de cualquier contrato, las relativas al rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público [artículo 294 c)], la supresión del servicio por razones de interés público [artículo 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 [artículo 294 f)].

B. Contratos administrativos «especiales»

Del artículo 25.1.b) de la LCSP se deduce que son contratos administrativos especiales los que tengan un objeto distinto a los contratos administrativos «típicos» y a los contratos privados del artículo 25.1.a).1.º (servicios financieros y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos) y 2.º (suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos)(980), y que, por tanto, deberían ser tratados como contratos privados ordinarios, pero que, sin embargo, se les otorga por el Legislador una naturaleza administrativa especial, bien por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, bien porque así lo declare una Ley,

Tradicionalmente, esta categoría de contratos administrativos especiales se ha venido aplicando para la contratación, por ejemplo, de los servicios de restauración en organismos públicos(981). Sin embargo, con la irrupción de la nueva

(980) Disposición adicional novena. Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.

(981) 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.

categoría de los contratos de concesión de servicios, la calificación jurídica de dichas prestaciones puede también tratarse, en determinadas circunstancias, como un contrato de dicha naturaleza e, incluso, como un contrato de servicios, cuando los propios trabajadores de la entidad pública sean los únicos destinatarios de las mismas.

También su aplicación ha presentado dificultades interpretativas con los contratos patrimoniales cuando, por ejemplo, se contratan los servicios prestados por oficinas bancarias, cajeros automáticos, estafetas de correos u otros análogos. En estos casos, es preciso tener presente, en su caso, la aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (982). En todo caso, habrá que analizar cada supuesto para dirimir si la naturaleza jurídica del contrato es administrativa o patrimonial.

Se trata, sin embargo, de una tipología contractual no aplicable a la contratación menor (983).

Aparte de lo ya señalado, la cuestión más delicada, en relación con 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 expediente de contratación (984). Se trata de supuestos en los que la mencionada Administración ejercita prerrogativas administrativas cuando, sin embargo, no se encuentra habilitada para ello. En relación con dicha cuestión, conviene recordar que la calificación como administrativo del contrato en razón al interés público perseguido, depende de que el fin público a realizar se incluya expresamente como causa del contrato (985).

C. Contratos mixtos

El artículo 18.1, párrafo primero, de la LCSP dispone que se entenderá por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta

(982) 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. Podría ser, por ejemplo, la instalación de determinados cajeros en la sede del órgano de contratación sea consecuencia de una cláusula prevista en el contrato privado de servicios financieros.

(983) Informe JCCA número 38/2005, de 26 de octubre.

(984) STS de 30 abril 2013, en la que se analizaba un contrato, calificado indebidamente como administrativo especial, por el que se adquirían determinadas concesiones mineras para la construcción de un polígono industrial.

(985) SSTS de 31 de octubre de 1995, con cita de las SSTS de 15 de junio de 1976, de 28 de noviembre 1981, de 8 de marzo de 1986, de 24 de noviembre de 1993, de 1 de abril de 1998, de 30 de noviembre de 2000, y de 21 de marzo de 2003.

clase. El caso típico es el contrato que se celebra para la instalación de un ascensor, en el que están implicados diferentes objetos, por un lado, la obra, por otro, el suministro del propio ascensor y, al menos por otro, las prestaciones de puesta en funcionamiento y mantenimiento. Por tanto, dicha heterogeneidad viene de la mano de los diversos objetos contractuales implicados y tiene como consecuencia la necesidad de aplicar diferentes regímenes jurídicos que necesitan ser conciliados.

El artículo 18.1, párrafo segundo, establece que únicamente podrán celebrarse contratos mixtos en las condiciones establecidas en el artículo 34.2, es decir, cuando esas prestaciones 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. Este precepto debe su contenido a uno de los principios rectores de la Contratación Pública, enumerados en el artículo 1.3 de la LCSP, que responde al máximo respeto del principio de concurrencia, de manera que, a lo largo de toda esta norma, se puede observar una prevención por parte de Legislador contra su vulneración y el establecimiento de diversas medidas que tratan de evitar una perturbación indeseada de la concurrencia contractual. Consecuentemente, las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las afecten versen sobre cuestiones muy próximas. Este criterio se ve ratificado por la parte final del precepto que exige que las prestaciones puedan calificarse como complementarias desde el punto de vista material, porque solo esta circunstancia puede obligar a que puedan calificarse como una unidad funcional. No basta, a estos efectos, que el órgano de contratación haya sostenido la existencia de vínculos y de relaciones de complementariedad y funcionales sobre la base de la posible existencia de sinergias entre todas ellas (986). Precisamente por ello, la acreditación y justificación suficiente de dicha materialidad será lo que permita celebrar un solo contrato, excepcionando la aplicación de la regla prevista del artículo 99.3 de la LCSP (987), o permitir que su licitación se realice separadamente en lotes (988).

El resto del artículo 18 de la LCSP regula el régimen jurídico aplicable al contrato mixto indicando que los efectos, cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122.2, es decir, a tenor de lo

(986) Resolución del TACRC número 1320/2019, de 18 de noviembre.

(987) Informe JCCPE número 48/2018, en la que analiza la diferencia entre la figura del artículo 18 de la LCSP, relativa a los contratos mixtos, y la posibilidad de realización de lotes al amparo del artículo 99.3 de dicha Ley.

(988) Dictamen JCCPE número 7/2019.

previsto en los PCAPS (989), mientras que para la determinación de la norma aplicable en la preparación y adjudicación hay que atender a lo previsto en dicho artículo 18.

Esta referencia al artículo 122.2, párrafo primero, de la LCSP, que establece que en los PCAPS de los contratos mixtos «se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos», por un lado, se haría completamente innecesaria si la intención del Legislador fuera simplemente recordar que estos contratos se rigen a todos los efectos por el régimen jurídico que es propio de la prestación principal del contrato, determinada conforme al artículo 18, y, por otro, su razón de ser permite precisamente que la regulación de cada una de las prestaciones en las que se descomponga el contrato a los efectos de su cumplimiento se adapten a la peculiar regulación de la misma (990). Este asunto se hace especialmente patente a la hora de fijar en los PCAPS la duración del contrato a la vista del artículo 29 de la LCSP (991).

(989) Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León número 61/2020, de 14 de mayo.

(990) A mayor abundamiento, la propia Directiva 2014/24/UE abona esta conclusión puesto que las reglas que contiene en el artículo 3, sobre el régimen jurídico de los contratos mixtos, reglas de las que el precepto interno constituyen un fiel trasunto, se refieren exclusivamente a la adjudicación del contrato y no a su ejecución.

(991) Por ejemplo, en el caso de un contrato mixto de servicios energéticos (suministro de energía eléctrica + mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes + permanencia en el tiempo de su rendimiento y de todos sus componentes al valor inicial + la adaptación de las instalaciones de alumbrado o eléctricas de una infraestructura mediante la sustitución de los equipos obsoletos y su sustitución por otros más eficientes desde el punto de vista energético) a la luz de la LCSP. A la vista del TRLCSP, la duración de estos contratos mixtos no planteaba problemas en cuanto a su duración, en la medida en que el contrato de suministro no tenía una duración limitada, por lo que podía extenderse en el tiempo de modo que pudieran recuperarse las inversiones que formaban parte de las prestaciones objeto del contrato. Ahora el artículo 29.4 de la LCSP sí limita el plazo de duración de los contratos de suministro, al señalar que tendrán un plazo máximo de duración de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante. Sin embargo, el artículo 29.1 de la LCSP también dispone que la duración efectiva ha de ser establecida 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. Por ese motivo, en el caso señalado, habrá que atender al período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y a que estas 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,



Sin embargo, solamente el artículo 18.3 realiza algunas consideraciones relativas a la preparación de algunos contratos concretos (992), mientras que regula la fase de adjudicación distinguiendo estas situaciones:

- Cuando el contrato mixto contenga prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios regulados en la LCSP, se estará a las siguientes reglas:
 - Cuando comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios, se atenderá al carácter de la prestación principal.
 - Cuando comprenda prestaciones propias de servicios especiales del Anexo IV y de otros servicios, o cuando comprenda en parte servicios y en parte suministros, se atenderá al mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.
- Cuando contenga prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios, por una parte, y de contratos de concesiones de obra o concesiones de servicios, de otra, se actuará del siguiente modo:
 - Si las distintas prestaciones no son separables, se atenderá al carácter de la prestación principal.
 - Si las distintas prestaciones son separables, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones supere el umbral SARA (artículos 20, 21 y 22 de la LCSP), siendo aplicable, en caso contrario, las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

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. En este sentido, el Real Decreto-ley 36/2020, como ya se ha señalado en esta obra, contiene una referencia especial a los contratos de suministro y servicios de carácter energético, disponiendo que se puede establecer un plazo de duración superior al establecido con carácter general de 5 años para los contratos de suministro, con un máximo de 10 años, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas 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 suministro o servicio, circunstancias que deben ser justificadas en el expediente de contratación, con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. (992) «3. No obstante lo establecido en el apartado 1, en los casos en que un elemento del contrato mixto sea una obra y esta supere los 50.000 euros, deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los artículos 231 y siguientes de la presente Ley.

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 presente Ley».

- Cuando el contrato mixto contenga prestaciones de contratos regulados en la LCSP y en contratos distintos de los regulados en la misma, se atenderá a las siguientes reglas:
 - Si las distintas prestaciones no son separables, se atenderá al carácter de la prestación principal.
 - Si las prestaciones son separables, se aplicará lo dispuesto en la LCSP.

A juicio de los autores de esta obra, la regulación de la LCSP deja dudas interpretativas ya que, como ya se ha señalado, a pesar de que el artículo 18.1, párrafo tercero, de la LCSP dispone que «El régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos se determinará de conformidad con lo establecido en este artículo; y el de sus efectos, cumplimiento y extinción se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122.2», sin embargo, el propio precepto solamente establece en el artículo 18.3 determinadas precisiones muy concretas respecto a la norma aplicable a la fase de preparación de algunos contratos mixtos.

Por otro lado, el artículo 18 introduce un concepto jurídico indeterminado a la hora de dirimir el régimen jurídico aplicable a la fase de adjudicación del contrato, el de la «prestación principal», que deja sin aclarar.

No obstante lo señalado, a tenor de las normas de interpretación contenidas en el artículo 3.1 del Código Civil, resulta apropiado recordar que, como antecedente normativo y ante la falta de regulación de la fase de preparación que se observa en el artículo 18 de la LCSP, 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, 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. A juicio de los autores de esta obra, esta sería la forma adecuada de superar los inconvenientes interpretativos señalados. En el apartado siguiente, dedicado al «Régimen jurídico», se hace una explicación más amplia de esta consideración.

Por último, no debe despreciarse la experiencia, observada por los autores de esta obra, que aconseja que, siempre que sea posible, se abandone la estrategia de celebrar contratos mixtos pues, a pesar de la aparente atracción y funcionalidad que posee, es habitual que presente importantes dificultades a la hora de desarrollar regularmente la ejecución de cada prestación implicada.



D) Régimen jurídico

a) *Contratos administrativos «típicos»*

El régimen jurídico de los contratos administrativos «típicos», a tenor del artículo 25.2 de la LCSP, tendrá el siguiente orden de prelación de fuentes:

- En primer lugar, se regirán 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.
- Subsidiariamente, por las normas de Derecho Administrativo. Sobre este particular, resulta muy importante la incidencia que posee la LPACAP (993), especialmente en materia de caducidad (994) pero no en relación con la aplicación de la figura del silencio administrativo positivo (995).
- En defecto de las anteriores, se aplicarán las normas de Derecho Privado (996).

(993) Disposición final cuarta segunda de la LCSP, sobre normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados.

(994) 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.

(995) SSTs de 28 de febrero de 2007, de 17 de diciembre de 2008, y de 13 de setiembre 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 de 2008.

(996) Resolución del TACRC número 974/2020, de 11 de setiembre, en la que analiza el acuerdo de exclusión basado en la incoherencia de la oferta presentada por un licitador, provocada porque en los pliegos el órgano de contratación fijaba una oferta económica pre marcada, que no admitía su cumplimentación por parte de aquel y, por otro lado, en el desglose de precios, era el único documento en el que se podía concretar convenientemente la oferta, resultando, en consecuencia, contradictorios ambos documentos, el primero, preconfigurado y el segundo formulado libremente por el licitador. En dicha Resolución declara que «... hemos manifestado en anteriores ocasiones (Resoluciones 49/2011, de 24 de febrero y 510/2014, de 4 de julio) 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, y, caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, acudiendo el Tribunal, a estos efectos, al criterio de interpretación literal si los términos del contrato son claros (artículo 1.281 del Código Civil), y a la interpretación lógica y teleológica (Resoluciones 199/2014, de 11 de febrero, y 402/2014, de 23 de mayo), “sin que la ambigüedad u oscuridad en la redacción de las cláusulas de los pliegos pueda perjudicar a los licitadores” (Resoluciones 173/2014, de 28 de febrero, y 402/2014, de 23 de mayo, entre otras)».

b) *Contratos administrativos «especiales»*

El régimen jurídico de los contratos administrativos especiales, a tenor del inciso final del artículo 25.2 de la LCSP, tendrá el siguiente orden de prelación de fuentes:

- En primer lugar, se regirán por sus propias normas específicas.
- Subsidiariamente, por la LCSP en lo que respecta a la preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos.
- En defecto de las anteriores, por las normas de Derecho Administrativo. Sobre este particular, resulta muy importante la incidencia que posee la LPACAP (997), especialmente en materia de caducidad (998) pero no en relación con la aplicación de la figura del silencio administrativo positivo (999).
- Por último, se aplicarán las normas de Derecho Privado.

c) *Contratos mixtos*

Como ya se ha señalado en esta obra, a tenor del artículo 18.1, párrafo segundo, en relación al artículo 34.2 de la LCSP, 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.

Además, en el PCAPS 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. En relación con dicha cuestión, como ya se ha señalado en la presente obra, hay que tener presente que esta referencia al artículo 122.2 párrafo primero, de la LCSP, que establece que en los pliegos de los contratos mixtos «se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos», por un lado, se haría completamente innecesaria si la intención del Legislador fuera simplemente recordar que estos contratos

(997) Disposición final cuarta segunda de la LCSP, sobre normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados.

(998) 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.

(999) 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 de 2008.

se rigen a todos los efectos por el régimen jurídico que es propio de la prestación principal del contrato, determinada conforme al artículo 18, y, por otro, su razón de ser permite precisamente que la regulación de cada una de las prestaciones en las que se descomponga el contrato a los efectos de su cumplimiento se adapten a la peculiar regulación de la misma (1000). Este asunto se hace especialmente patente a la hora de fijar en los PCAPS la duración del contrato a la vista del artículo 29 de la LCSP (1001).

(1000) A mayor abundamiento, la propia Directiva 2014/24/UE abona esta conclusión puesto que las reglas que contiene en el artículo 3 sobre el régimen jurídico de los contratos mixtos, reglas de las que el precepto interno constituyen un fiel trasunto, se refieren exclusivamente a la adjudicación del contrato y no a su ejecución.

(1001) Por ejemplo, en el caso de un contrato mixto de servicios energéticos (suministro de energía eléctrica + mantenimiento preventivo para lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes + permanencia en el tiempo de su rendimiento y de todos sus componentes al valor inicial + la adaptación de las instalaciones de alumbrado o eléctricas de una infraestructura mediante la sustitución de los equipos obsoletos y su sustitución por otros más eficientes desde el punto de vista energético) a la luz de la LCSP. A la vista del TRLCSP, la duración de estos contratos mixtos no planteaba problemas en cuanto a su duración, en la medida en que el contrato de suministro no tenía una duración limitada, por lo que podía extenderse en el tiempo de modo que pudieran recuperarse las inversiones que formaban parte de las prestaciones objeto del contrato. Ahora el artículo 29.4 de la LCSP sí limita el plazo de duración de los contratos de suministro, al señalar que tendrán un plazo máximo de duración de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante. Sin embargo, el artículo 29.1 de la LCSP también dispone que la duración efectiva ha de ser establecida 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. Por ese motivo, en el caso señalado, habrá que atender al período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y a que estas 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. En este sentido, el Real Decreto-ley 36/2020, como ya se ha señalado en esta obra, contiene una referencia especial a los contratos de suministro y servicios de carácter energético, disponiendo que se puede establecer un plazo de duración superior al establecido con carácter general de 5 años para los contratos de suministro, con un máximo de 10 años, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas 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 suministro o servicio, circunstancias que deben ser justificadas en el expediente de contratación, con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.



De acuerdo con lo señalado, el mencionado artículo 18 articula el régimen jurídico aplicable de la siguiente manera:

- Cuando el contrato mixto contenga prestaciones de los contratos de obras, suministros o servicios regulados en la LCSP, o de estos contratos y de los contratos de concesiones de obra o concesiones de servicios, 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 esta supere los 500.000 euros, deberá elaborarse un proyecto y tramitarse de conformidad con los artículos 231 y siguientes 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.

Por lo que se refiere a la adjudicación, el artículo 18.1 de la LCSP distingue estas situaciones:

- 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, si las prestaciones no son separables, se atenderá al carácter de la prestación principal, mientras que si sí lo son, hay que distinguir entre que se decida adjudicar un contrato único, en cuyo caso 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 SARA, o que se decida adjudicar más de un contrato, en cuyo supuesto se aplicarán las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.



- Cuando el contrato mixto contenga prestaciones de contratos regulados en la LCSP y en contratos distintos de los regulados en la misma, en la fase de preparación, a juicio de los autores de esta obra, habrá que aplicar el régimen jurídico propio de cada normativa específica, y, en la fase de adjudicación a tenor del artículo 18.2 de la LCSP, si las distintas prestaciones no son separables el correspondiente a la prestación principal, y si lo son se estará a lo dispuesto en la LCSP.

En cuanto al régimen jurídico de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos mixtos, el artículo 18.1 párrafo último, en relación con el artículo 122.2 párrafo primero, inciso final, de la LCSP, establece que en los PCAPS se detallará el régimen jurídico aplicable, atendiendo a las normas que afectan a las diferentes prestaciones fusionadas.

E. Contratos privados

a) Concepto

Los contratos privados (1002) son aquellos cuyo objeto es distinto a los propios de los contratos administrativos «típicos» 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, la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (1003).

Desde el 14 de octubre de 2021, fecha de entrada en vigor de la Ley 14/2021, de 11 de octubre, por la que se modifica el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de

(1002) 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).

(1003) Disposición adicional novena. Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones.



mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019(1004), se añadió una nueva disposición adicional undécima a la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, relativa a la adquisición por las entidades del Sector Público de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español. Así, se prevé que con independencia de los procedimientos para el ejercicio de los derechos de adquisición preferente previstos en los artículos 33 y 38 de la mencionada Ley 16/1985, la adquisición por parte de las entidades del Sector Público de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español tendrá naturaleza de contrato privado rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación, por lo dispuesto en el artículo 26 de la LCSP(1005) y, en cuanto a sus efectos y extinción, con carácter general por las normas de derecho privado.

No obstante, cuando el contrato esté SARA le será aplicable, según proceda, lo dispuesto en el artículo 26.2, párrafo segundo, que establece que «No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a), del apartado primero, del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los

(1004) Esta Ley procede del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, que fue sometido a debate y votación de totalidad por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 20 de mayo de 2020, en la que se acordó su convalidación, así como su tramitación como proyecto de ley.

(1005) Dispone que a las adquisiciones de estos bienes se les podrá aplicar el procedimiento negociado sin publicidad correspondiente a aquellos supuestos en los que la ejecución solo puede encomendarse a un empresario determinado, previsto en el artículo 168.a).2.º de la LCSP, con las siguientes especialidades respecto de lo establecido en la LCSP: 1. que en estos contratos, el PCAPS será sustituido por el propio clausulado del contrato; 2. que podrá aplazarse el pago del precio convenido en varios ejercicios económicos si así se acuerda con el interesado; y 3. que la acreditación de la titularidad de los bienes, así como de los requisitos de capacidad del vendedor, se realizará conforme a las normas de derecho privado aplicables, no siendo necesario acreditar su solvencia, excepto cuando se trate de contratos SARA de acuerdo con lo establecido en la LCSP. También, se señala que cuando las adquisiciones de bienes del Patrimonio Histórico se destinen a museos, archivos o bibliotecas de titularidad estatal o autonómica, solo podrán realizarse si cuentan, respectivamente, con informe previo favorable emitido por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español o del organismo equivalente reconocido al efecto de la Comunidad Autónoma titular del archivo, biblioteca o museo destinatario del bien, y que dichos informes deberán hacer referencia al precio de compra, a la pertenencia del bien al patrimonio histórico español, y a la unicidad del bien, a los efectos previstos en el artículo 168.a).2.º de la LCSP, como requisito inexcusable para la aplicación del procedimiento previsto en esta disposición.



contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada», o lo establecido en el artículo 26.3, párrafo segundo, que señala que «En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas 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; y la 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» de dicha Ley, salvo las normas relativas a la racionalización técnica de la contratación.

Respecto de los contratos privados, a diferencia de lo ya señalado para los contratos administrativos especiales, cabe la aplicación de la figura de los contratos menores, ya que el Legislador no ha previsto para ellos ningún contenido específico (1006).

b) Ámbito de aplicación subjetivo

A tenor del artículo 26.1 de la LCSP, tendrán la consideración de contratos privados los que celebren un Poder Adjudicador Administración Pública, un Poder Adjudicador No Administración Pública 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

Del artículo 26.2, 3 y 4 de la LCSP cabe distinguir, en función del ámbito de aplicación subjetivo, los siguientes supuestos:

- Cuando el contrato privado es celebrado por un Poder Adjudicador Administración Pública, en general, en las fases de preparación y adjudicación, se aplicarán en primer lugar las normas específicas, después las 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), en tercer lugar las normas de derecho administrativo o de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante, y, por último, las normas de derecho privado, respecto a sus efectos, modificación y extinción.

(1006) Informes JCCA números 67/1996, de 18 de diciembre, 47/1998, de 2 de marzo, y 18/2007, de 26 de marzo.

Sin embargo, cuando se trate de contratos privados de servicios financieros, de creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, y de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, en las fases de preparación y adjudicación se aplicarán en primer lugar las normas propias del contrato administrativo de que se trate por razón de su objeto (Libro Segundo de la LCSP), y, en cuanto a sus efectos y extinción, se distingue entre que el contrato privado no sea SARA, en cuyo caso se aplicarán las normas de derecho privado, o que sea SARA, en cuyo supuesto, se aplicarán las normas de derecho privado salvo lo establecido en la LCSP en relación con las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos.

- Cuando el contrato privado es celebrado por un Poder Adjudicador No Administración Pública, en las fases de preparación y adjudicación se aplicarán los artículos 316 a 320 de la LCSP (Título I del Libro Tercero), mientras que, en relación con los efectos y extinción de dichos contratos, resultarán aplicables las normas derecho privado, las 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, y la 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 de la LCSP.
- Cuando el contrato privado es celebrado por un no Poder Adjudicador, se registrará por lo dispuesto en los artículos 321 y 322 de la LCSP, y, en lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción, por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación.

3. ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN (1007)

A. Autorización previa del Consejo de Ministros

El artículo 324 de la LCSP establece la necesidad de que los órganos de contratación del Sector Público Estatal que sean Poder Adjudicador cuenten, antes de la aprobación del expediente de contratación y del gasto, con la previa autorización

(1007) En lo que respecta a los órganos de contratación, la LCSP regula (disposición final primera.3), con el carácter de no básicos, algunos preceptos (artículos 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 Consejo de Ministros en los siguientes supuestos, aunque podrá reclamar discrecionalmente el conocimiento y autorización de cualquier otro contrato (1008):

- Cuando el valor estimado del contrato, calculado conforme a lo señalado en el artículo 101, sea igual o superior a 12.000.000 de euros.
- 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 4 años.
- En los acuerdos marco cuyo valor estimado sea igual o superior a 12.000.000 de euros. Una vez autorizada la celebración de estos acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición no será necesaria autorización del Consejo de Ministros para la celebración de los contratos basados y contratos específicos, en dichos acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición, respectivamente.

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, ni suponga la aprobación del expediente de contratación ni del gasto que seguirá correspondiendo al órgano de contratación (1009). En el caso de que se otorgue la autorización, también será necesario que se someta a nueva autorización sus modificaciones, siempre que no encontrándose previstas en el PCAPS representen un porcentaje superior al 10 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y la resolución del contrato (1010). Por lo tanto, en este caso de autorización previa, el Consejo de Ministros no será, en ningún caso, órgano de contratación (1011).

A efectos de obtener la citada autorización, los órganos de contratación deberán remitir, al menos, la justificación sobre la necesidad e idoneidad del contrato a

(1008) Se suprime la posibilidad, que 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.

(1009) Normalmente, ambas competencias coinciden en el mismo órgano de contratación, pero, en el caso de que no fuera así, por ejemplo, cuando la competencia para contratar correspondiera a una Junta de Contratación, la aprobación del gasto habría que recabarla de la autoridad competente en dicha materia.

(1010) 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.

(1011) Informe JCCA número 20/2003, de 20 de junio.

que se refiere el artículo 28 de la LCSP, el 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, el PCAPS y el informe previo del servicio jurídico, y, de resultar preceptivo, el informe previsto en el artículo 324.6 de la LCSP(1012).

El artículo 324.5 de la LCSP dispone que, en el caso de un Poder Adjudicador No Administración Pública, 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 (1013).

(1012) 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 contratación y del gasto, en los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, si el valor estimado de este es igual o superior a 12.000.000 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, 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 12.000.000 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.

(1013) 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 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



B. Clases de competencia

El artículo 61 de la LCSP 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 en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso, en el supuesto 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 dispone 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 estos:

- Órganos de contratación con competencia «originaria» en el ámbito de la Administración General del Estado:
 - Los Ministros y Secretarios de Estado (1014), 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 (1015).

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). En dicho sentido, la Resolución de 31 de agosto de 2021, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, 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, aplicable del Instituto de Crédito Oficial, EPE, fija dicho límite en 2.000.000 de euros (BOE número 234, de 30 de septiembre).

(1014) 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.

(1015) Disposición transitoria segunda de la LCSP. En dicho sentido, por ejemplo, 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

- Las Juntas de Contratación, con los límites cuantitativos o referentes a las características de los contratos que determine el titular del departamento, en relación con los contratos de obras de reparación simple, y de conservación y mantenimiento, de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, salvo los relativos a bienes declarados de adquisición centralizada, de servicios no declarados de contratación centralizada, y de suministro y de servicios, distintos de los señalados con anterioridad, que afecten a más de un órgano de contratación, salvo que hayan sido declarados de contratación centralizada.

Respecto del contrato de obras, 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) del TRLCSP, a ser incluidas 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 con 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)(1016), la estrategia que elija en su caso el órgano de contratación

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) establece que será necesario contar con la autorización para la celebración de aquéllos contratos, cuyo importe estimado sea igual o superior a 6.000.000 de euros [Puertos del Estado y Autoridades Portuarias; la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF); la entidad pública empresarial ADIF-Alta Velocidad; la entidad pública empresarial ENAIRE; la sociedad mercantil estatal AENA SME, SA.; y la sociedad mercantil estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, SA. (SEITSA)], o a 2.000.000 de euros (b) Dos millones de euros, para los contratos a celebrar por los organismos públicos vinculados o dependientes siguientes: la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA); la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (AESF); la entidad pública empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR); la entidad pública empresarial de Suelo (SEPES); y el organismo autónomo Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX), o la Resolución de 31 de agosto de 2021, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, 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, aplicable del Instituto de Crédito Oficial, EPE, fija dicho límite en 2.000.000 de euros (BOE número 234, de 30 de septiembre). (1016) Artículo 232.6 y 7 de la LCSP.



le permitirá simplificar, refundir e incluso suprimir alguno o algunos de los documentos que componen el proyecto de obras (1017).

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 metafísica mente imposible ya que será esta 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 de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional. En relación con estos extremos, es preciso distinguir este asesoramiento del que se produce en el trámite de comprobación material de la inversión en el cual el interventor actuante puede solicitar la asistencia técnica que, en el ámbito de la Adminis-

(1017) Artículo 233.2 de la LCSP. Así, 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 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.



nes 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 de excesiva rigidez que se atribuía a la Contratación Pública. Ello motivó que en la Directiva 2004/18/CE 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 los siguientes principios generales de actuación que rigen en la contratación centralizada:

- 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.
- Para ello, las centrales de contratación se sujetarán a las disposiciones de la LCSP y sus normas de desarrollo.

El artículo 227.4 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.

c) Sistema Estatal de Contratación Centralizada

Los artículos 229 y 230 de la LCSP, que reconocen la competencia a favor del Ministro de Hacienda y Función Pública, establecen un régimen dual de contratación centralizada, obligatorio u opcional, para determinadas entidades del Sector Público Estatal, introducen determinadas normas de reparto competencial, y, por último, aclaran que la recepción y pago de los bienes y servicios será efectuada por los organismos peticionarios de los mismos.



En relación con el régimen dual de contratación centralizada, dispone que será obligatorio para las entidades del Sector Público Estatal (1020), 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 (1021).

En el caso de que estas entidades realizaran acuerdos marco o sistemas dinámicos de adquisición 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 producirá la paralización de la tramitación hasta que dicha ausencia sea subsanada (1022).

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

(1020) – 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.

(1021) Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

(1022) Resolución de 25 de julio de 2018, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, 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 en el ámbito de los contratos del Sector Público y encargos a medios propios.



Función Pública podrá atribuir la competencia para adquirir dichos bienes a otros órganos de contratación con competencia en materia de Contratación Pública de dichas entidades (1023).

Por el contrario, el resto de entidades del Sector Público (1024) 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.

El órgano de contratación del Sistema Estatal de Contratación Centralizada (1025) 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 competencias que el artículo 229 atribuye a la citada Dirección General corresponderán al Ministerio de Sanidad (1026), 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

(1023) Disposición adicional vigésima de la LCSP.

(1024) 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 (artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE), 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.

(1025) Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.

(1026) 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 citado Real Decreto-ley 8/2010.



medidas que considere adecuadas para garantizar que los expedientes de contratación tramitados por las entidades adheridas, la aplicación de las reglas de licitación y selección de los contratistas, y que 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.

Respecto a las normas de reparto competencial para el caso de que la adjudicación de los contratos basados o específicos hubiera de celebrarse 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, señala que, si hay un solo destinatario, las actuaciones se realizarán, con carácter general por el organismo destinatario de la prestación, mientras que, si hay varios, dichas actuaciones se realizarán por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, si nada se hubiera establecido en los PCAPS, y en caso contrario, por el organismo destinatario designado.

Por último, aclara que 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 (1027).

d) Sistema autonómico y local de contratación centralizada

El artículo 228 de la LCSP reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales puedan crear sus propias centrales de contratación, extendiendo 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 con 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

(1027) Orden HAP/2834/2015, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.



ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán adherirse al sistema de adquisición centralizada estatal de medicamentos, productos y servicios sanitarios, para la totalidad o solo para determinadas categorías de ellos mediante acuerdo con el Ministerio de Sanidad, o concluir 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, cuando sea procedente, en las tareas que le corresponden en relación con la tramitación de los diferentes procedimientos de adjudicación regulados en la LCSP.

Resulta aconsejable, a juicio de los autores 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 impulsar con mayor conocimiento de causa un determinado contrato, e incorporar a los futuros pliegos de nuevos contratos debilidades observadas en procesos de contratación anteriores.

B. Régimen jurídico

Como órgano colegiado le resultarán aplicables los principios y reglas contenidos en el Título Preliminar «Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público», Capítulo II «De los órganos de las Administraciones Públicas», Sección 3.^a «Órganos colegiados de las distintas administraciones públicas», 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 continua vigente en 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 (1028) en relación con 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 (1029); 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.

C. Mesas de contratación

a) Mesa de contratación general

1. Características generales

El artículo 326 de la LCSP regula las mesas de contratación distinguiendo la composición de la mesa (Presidente, vocales que se determinen reglamentariamente (1030), y Secretario), su nombramiento por el órgano de contratación, y

(1028) STS de 9 de diciembre de 2011 con cita de las SSTs de 15 de marzo de 1991 y 19 de febrero de 2008.

(1029) Las Mesas 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 de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional. En relación con estos extremos, es preciso distinguir este asesoramiento del que se produce en el trámite de comprobación material de la inversión en el cual el interventor actuante puede solicitar la asistencia técnica que, en el ámbito de la Administración General del Estado (Resolución de 14 de julio de 2015, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre el desarrollo de la función interventora en el ámbito de la comprobación material de la inversión (BOE número 176, de 24 de julio), ha de ser prestada por funcionarios técnicos, tales como arquitectos, ingenieros o cualesquiera otros que deban poseer para suscribir los proyectos títulos académicos o profesionales, o unos títulos de capacitación especial, aun cuando no hayan mediado la redacción de proyectos.

(1030) 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. Sobre este asunto, es preciso indicar

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).

Respecto al cargo de Presidente, es preciso señalar que no será posible que dicho cargo sea ocupado, simultáneamente, por quien encarna al órgano de contratación, ya que, sin perjuicio de que el órgano de contratación delegue en la mesa de contratación determinadas funciones concretas, configura al órgano de contratación y a la mesa de contratación como dos órganos claramente diferenciados en cuanto a su función y con unos requisitos y composición muy distintos, ya que supondría que existiese la posibilidad de interferencia en las funciones que este órgano está llamado a desempeñar con objetividad, imparcialidad y profesionalidad (1031). En relación con este criterio, la Oficina Nacional de Auditorías de la

que es preciso distinguir este asesoramiento del que se produce en el trámite de comprobación material de la inversión en el cual el interventor actuante puede solicitar la asistencia técnica que, en el ámbito de la Administración General del Estado (Resolución de 14 de julio de 2015, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre el desarrollo de la función interventora en el ámbito de la comprobación material de la inversión (BOE número 176, de 24 de julio), ha de ser prestada por funcionarios técnicos, tales como arquitectos, ingenieros o cualesquiera otros que deban poseer para suscribir los proyectos títulos académicos o profesionales, o unos títulos de capacitación especial, aun cuando no hayan mediado la redacción de proyectos. 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 con este riesgo, véase la STS de 26 de marzo de 2013 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª, sentencia número 303/2013).

(1031) Informe JCCPE número 31/2021, que lo fundamenta en los siguientes argumentos:

1. El artículo 61.1 de la LCSP atribuye la competencia para representar las entidades del sector en materia contractual a los órganos de contratación, a quienes corresponde el ejercicio de las funciones más relevantes en la materia. La LCSP reconoce asimismo la posibilidad de delegar o desconcentrar sus competencias y facultades en otros órganos administrativos con arreglo a las leyes administrativas aplicables (artículo 61.2).

En el caso de la Administración General del Estado su concreción se realiza en el artículo 323 de la LCSP que residencia la condición ordinaria de órgano de contratación en los Ministros, Secretarios de Estado, Presidentes y Directores de las entidades integrantes del Sector Público estatal, la Junta de Contratación Centralizada y en las Juntas de Contratación ministeriales cuando existan.

2. La mesa de contratación se define en el artículo 326 de la LCSP como un órgano de asistencia técnica funcionalmente especializada que ejerce las funciones que tiene encomendadas por la ley a favor del órgano de contratación. En su condición de órgano de asistencia el apar-

Intervención General de la Administración del Estado (en lo sucesivo, IGAE), en nota de 8 de julio de 2021, ha señalado lo siguiente dirigido a los Interventores Delegados que actúen como vocales de las mesas de contratación:

«En virtud lo anterior, y a raíz de la consulta realizada por la Intervención Territorial de Barcelona sobre la participación del titular del órgano de contratación como Presidente de la mesa de contratación relativa a un expediente de dicho órgano de contratación, en concreto de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, esta Dirección de la ONA, considera conveniente exponer el siguiente criterio a seguir por los interventores asistentes a la mesa de contratación cuando concurra la circunstancia citada:

Cuando se asista como vocal a una mesa de contratación en la que participe como vocal o presidente de dicha mesa la persona titular del órgano de contratación, independientemente de si este ostenta la competencia originaria o si le viene atribuida por delegación, deberá hacerse constar en el acta de la correspondiente sesión, mediante voto particular, que dicha persona no puede formar parte de la mesa de contratación de acuerdo con lo establecido el artículo 326.5 LCSP y que, por consiguiente, su participación constituye un incumplimiento de lo dispuesto en el citado precepto, tal y como se indica en el informe 31/2021 de la JCCPE, de 10 de junio de 2021».

Así mismo, se establece en el citado artículo 326 que su constitución podrá tener la siguiente naturaleza:

- Será preceptiva en el caso de un Poder Adjudicador Administración Pública, toda vez que los órganos de contratación 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

tado 2 del artículo 326 y su desarrollo reglamentario contenido actualmente en 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, le atribuye competencias específicas en el procedimiento de selección del contratista tanto en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos previos de los candidatos como en relación con la valoración de las proposiciones y otros aspectos similares. Para el ejercicio de estas funciones se establece su configuración legal como órgano colegiado, estableciendo el apartado 5 del artículo 326 determinados requisitos respecto de sus miembros para asegurar su imparcialidad, objetividad, independencia y profesionalidad, elementos todos ellos necesarios para un adecuado ejercicio de sus funciones de asistencia del órgano de contratación [Informes JCCPE de 2 de julio de 2018 (expedientes 2/2016 y 62/2018) y de 16 de marzo de 2020 (expediente 42/2019)].



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 (1032).

- Por el contrario, será potestativa su constitución en los siguientes casos:
 - Cuando se trate de un Poder Adjudicador No Administración Pública, ya que, aunque el artículo 326 de la LCSP refiere la regulación de la mesa de contratación a los Poderes Adjudicadores Administraciones Públicas, y aunque el Libro Tercero de la Ley (artículos 316 a 322), relativo a los contratos de otros entes del Sector Público, no contiene previsiones expresas al respecto, se ha de entender, a juicio de los autores de esta obra, que, precisamente por ello, la intervención de la mesa de contratación es facultativa en dichos casos (1033).
 - Cuando la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, en el procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6 de la LCSP, y en los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación cuando no 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.

2. Funciones

El artículo 326.2 de la LCSP dispone que, a tenor de la LCSP y de su desarrollo reglamentario, fundamentalmente en el Real Decreto 817/2009, ejercerá las siguientes funciones:

- El artículo 326.2.a) de la LCSP establece que se ocupará de la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141 de la LCSP, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación. En este sentido, en primer lugar, solamente podrán ser subsanados los requisitos de capacidad y aptitud para contratar con el Sector Público (capacidad u aptitud para contratar, solvencia o clasificación, y ausencia de prohibiciones para contratar) pero no los que conlleven una modificación en las ofertas presentadas por los licitadores, y, segunda,

(1032) Artículo 168.b).1.º de la LCSP.

(1033) Informe de la Abogacía General del Estado de 17 de enero de 2018, criterio ya mantenido desde la Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía General del Estado, sobre contratación de las fundaciones del Sector Público estatal, sociedades mercantiles estatales y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado.

que solamente se pueden entender subsanados los defectos que ya estuvieran sustanciados con anterioridad al momento de vencimiento del plazo para presentar proposiciones o solicitudes de participación.

La redacción del artículo 326.2.a) de la LCSP, a juicio de los autores de esta obra, debería modificar su redacción para adecuarse a que los artículos 140 y 141 hacen descansar los requisitos previos de capacidad y aptitud para contratar en el DEUC (1034), salvo en el procedimiento abierto simplificado (1035) que lo refiere al certificado expedido por el ROLECE del Sector Público o, cuando proceda, por el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma (1036), 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 (1037).

- El artículo 22.1.c) del Real Decreto 817/2009 dispone que se encargará de la apertura de las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público. En relación con 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

(1034) Establecido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016.

(1035) Artículo 159.4.a) de la LCSP.

(1036) Artículo 96.2 de la LCSP.

(1037) 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

a los criterios cuantificables de forma automática (1038), 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 (1039).

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 (1040), pues existe el riesgo, 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 asignar se una puntuación a estos en función de aquella 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 (1041).

- Normalmente se ha relacionado la apertura de las ofertas económicas en acto público con la obligatoriedad de que se diera publicidad íntegra a cada una de las presentadas por los licitadores (1042). 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 cumplimiento, tanto al tenor literal del artículo 22.1.c) del Real Decreto 817/2009 como a la finalidad que persigue que es que los licitadores puedan verificar la inte-

(1038) Artículo 30.3 (básico) del Real Decreto 817/2009. Resolución del TACRC número 426/2016, de 3 de junio, sobre la aplicabilidad de este orden al procedimiento negociado, de modo que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables deberá realizarse después de hacer pública la que depende de la aplicación de criterios basados en juicio de valor.

(1039) Resoluciones del TACRC números 196/2011, de 27 de julio, y 426/2016, de 3 de junio.

(1040) Resolución del TACRC número 132/2011, de 4 de mayo.

(1041) STSJ de la Comunidad de Madrid de 17 de diciembre de 2013.

(1042) Suele ser bastante frecuente que los órganos de contratación contemplen en los PCAPS 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. Resoluciones del TACRC números 94/2011, de 30 de marzo, 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.

gridad de las proposiciones y que, en definitiva, se preserve el secreto de la oferta hasta el momento de la licitación pública(1043).

- El artículo 326.2.b) de la LCSP y el artículo 22.1.d) y e) del Real Decreto 817/2009 en relación con el artículo 150.4 de la LCSP, reconocen la facultad de 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.

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 para continuar en el proceso selectivo(1044).

- El artículo 326.2.c) de la LCSP y el artículo 22.1.f) y g) del Real Decreto 817/2009 le confiere, en su caso, la facultad de formular 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, y, en vista de su resultado, propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo.
- El artículo 326.2.d) de la LCSP, en relación con el primer inciso del artículo 22.1.g) del Real Decreto 817/2009, reconoce la facultad de formular la propuesta de adjudicación del contrato a favor del licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con el PCAPS que rija la licitación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP.

Por el contrario, si, de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego, no resultase admisible ninguna de las ofertas presentadas, propondrá que se declare desierta la licitación(1045).

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 declare el desistimiento(1046).

(1043) Resolución TACRC número 59/2012, de 22 de febrero.

(1044) Resoluciones del TACRC números 74/2011, de 9 de marzo, aplicable a un acuerdo marco, y 1918/2021, de 22 de diciembre, en un caso en el que no se establecía una causa específica de exclusión por la no obtención de una puntuación mínima, motivo por el cual no puede acordarse la exclusión de la proposición por no cumplir o no cumplir adecuadamente los criterios de adjudicación reflejados en el PCAPS, salvo que se constate que existe un incumplimiento de una prescripción técnica de obligado cumplimiento.

(1045) Artículo 22.1.g) del Real Decreto 817/2009, en relación con el artículo 150.3 de la LCSP.

(1046) Artículo 22.1.g) del Real Decreto 817/2009, en relación con el artículo 152 de la LCSP.

- El artículo 326.2.e) de la LCSP reconoce la facultad de realizar la selección de los candidatos, cuando así se delegue por el órgano de contratación y se haga contar en los PCAPS, en el procedimiento restringido, en el diálogo competitivo, en el de licitación con negociación y en el de asociación para la innovación.
- El artículo 22.3 del Real Decreto 817/2009 señala que calificará, 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), 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.

3. Composición

El artículo 326.3, párrafo segundo, de la LCSP dispone que la composición de la mesa de contratación se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación correspondiente. Se podrán constituir Mesas de Contratación permanentes.

En relación con la citada publicitación de la composición de la mesa, es preciso señalar que, si los PCAPS reflejaran a título informativo la composición de la mesa de contratación, no será necesario modificar los mismos si dicha composición hubiera sufrido variación pues el citado precepto solamente exige que se publique en el perfil de contratante, y, además, porque los licitadores presentes en el procedimiento tendrían acceso a la información sobre la nueva composición de la mesa a través, precisamente, del propio perfil de contratante (1047).

En relación con dicho extremo 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 7 días naturales con respecto a la reunión que deba celebrar, 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 BOE, 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 mesa de contratación (1048), podrá

(1047) Informe JCCPE número 63/2019.

(1048) Resolución del TACRC número 37/2013, de 23 de enero, en la que se analiza la no inclusión en la composición de la mesa de contratación de un veterinario de la Consejería de



subsancarlo pero siempre que lo haga con una antelación mínima de 7 días naturales con respecto a la reunión que deba celebrarse.

El artículo 326.5, párrafo segundo, de la LCSP dispone que por resolución del titular de la Intervención General correspondiente (1049) 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.

El artículo 326.5, párrafo tercero, de la LCSP establece, por un lado, que podrá formar parte de la mesa de contratación el personal funcionario interino, pero únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente, mientras que, por otro, señala que, en ningún caso, podrán formar parte ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. En relación con 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 (1050).

El artículo 326.5, párrafo tercero, inciso final, de la LCSP dispone que 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 con las Entidades locales. Sobre esta incompatibilidad cabe realizar las siguientes consideraciones (1051):

- 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

Agricultura y Medio Ambiente, cuando, sin embargo, la cláusula 8.1 b) de los PCAPS exigía su nombramiento.

(1049) En el ámbito de la Administración General del Estado, el artículo 143 de la LGP contempla la Intervención General de la Administración del Estado, la Intervención General de la Defensa, y la Intervención General de la Seguridad Social.

(1050) Informe JCCPE número 88/2021 distingue las siguientes situaciones que se pueden producir en relación con la figura del alcalde:

- Si asume la condición de órgano de contratación o la ha delegado, no deberá formar parte de la mesa de contratación.
- Si la condición de órgano de contratación no le corresponde (Pleno de la Corporación o Junta de Gobierno Local), podrá formar parte de la mesa de contratación.

(1051) Informe JCCPE número 9/2020, con cita del Informe JCCPE número 3/2018, de 2 de marzo (Tesorería General de la Seguridad Social).



de que hay una parte de la documentación preparatoria, la que afecta a aspectos técnicos del contrato, representada normalmente pero no únicamente en el PPTS, cuya elaboración impide que quienes hayan participado en su elaboración puedan formar parte de 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 el artículo 326.5, párrafo tercero, inciso final de la LCSP cuando se refiere a personal «que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato», y cuál será la forma de acreditar la no participación en dicha actividad.

Respecto a la primera cuestión, aunque desde el punto de vista subjetivo se alude al personal en sentido amplio, sin embargo, 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 aprobación de los pliegos es una competencia del órgano de contratación según establece el artículo 124 de la LCSP.

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 supuesto 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 con la segunda cuestión relativa a cómo se puede acreditar la no participación en la redacción de la documentación técnica del contrato, como la LCSP no establece ningún mecanismo obligatorio a estos efectos, se considera conve-



niente 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 PPTS, 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 la expresión «Tampoco podrá formar parte de las Mesas», referido al personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica, se plantea la posibilidad de que, a pesar de ello, este pudiera asistir a las mesas de contratación en calidad asesor técnico.

En relación con 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 al redactor del pliego técnico, aunque sea bajo la condición de asesor externo o de experto, y, mucho menos, si tal comportamiento 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 por el personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica, ya que la LCSP solamente prohíbe esta situación para los cargos públicos representativos y el personal eventual, se concluye que sí será posible, con pleno respeto al deber de independencia y objetividad que como empleados públicos les atañe (1052).

Sin embargo, a juicio de los autores de esta obra, si, como ya se ha señalado, no resulta adecuado que el personal que ha participado en la redacción de la documentación técnica actúe como asesor técnico del 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.

(1052) Informe JCCPE número 9/2020, con cita del Informe JCCPE número 3/2018, de 2 de marzo (Tesorería General de la Seguridad Social).



El artículo 326.5, párrafo cuarto, de la LCSP dispone que 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 encontrase bajo su dependencia orgánica o funcional(1053). De acuerdo con la especialidad técnica que debe concurrir en dichos asesores, 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 informe que es asumido por ellos y anexado como motivación de la aplicación de dicho criterio.

En relación con este asesoramiento técnico, es preciso distinguirlo del que se produce en el trámite de comprobación material de la inversión en el cual el interventor actuante puede solicitar la asistencia técnica que, en el ámbito de la Administración General del Estado(1054), ha de ser prestada por funcionarios técnicos, tales como arquitectos, ingenieros o cualesquiera otros que deban poseer para suscribir los proyectos títulos académicos o profesionales, o unos títulos de capacitación especial, aun cuando no hayan mediado la redacción de proyectos.

El artículo 326.6 de la LCSP dispone que 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.

El artículo 326.7 de la LCSP establece que las Leyes de las Comunidades Autónomas y la legislación de desarrollo podrán establecer que las mesas de

(1053) Informe JCCPE número 3/2018, de 2 de marzo (Tesorería General de la Seguridad Social).
(1054) Resolución de 14 de julio de 2015, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre el desarrollo de la función interventora en el ámbito de la comprobación material de la inversión (BOE número 176, de 24 de julio).



contratación puedan ejercer también aquellas competencias relativas a la adjudicación que la LCSP atribuye a los órganos de contratación.

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, por un lado, 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 (1055), y, por otro, tendrán voz y voto el Presidente y los vocales, mientras que el Secretario solamente tendrá voz (1056). 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 (1057). En relación precisamente a la debida justificación de dicha imposibilidad, su omisión no desencadena un supuesto de nulidad de pleno derecho del acuerdo o acuerdos adoptados sino que, por las funciones atribuidas al Secretario, no constituye un requisito esencial pues la propia LCSP y el Real Decreto 817/2009, permiten la excepción recayendo el nombramiento en personal dependiente del órgano de contratación. Se trataría, en definitiva, de una irregularidad formal no invalidante que no impide que los acuerdos y actuaciones de la mesa alcancen sus fines propios ni producen indefensión a los licitadores, pues la intervención del Secretario es de carácter instrumental y se produce sin tener facultades decisorias al carecer de voto en sus deliberaciones (1058).

(1055) 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.

(1056) Informe JCCPE número 3/2018, de 2 de marzo (Tesorería General de la Seguridad Social). En relación con la figura del Secretario cabe señalar que, 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.

(1057) Normalmente entre el personal laboral que preste servicios en el órgano de contratación. 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).

(1058) Resolución del TACRC número 1241/2019, de 4 de noviembre, con cita de la Resolución 260/2018, de 16 de enero.

4. Actas

Los acuerdos que se adopten requerirán mayoría de votos de los miembros de la mesa de contratación (1059) y serán recogidos en la 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, solamente su abstención o el voto contrario a los acuerdos adoptados, les dejará a salvo de cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de los mismos (1060). 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 certificación 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 la 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 (1061). 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 que en el acta ha de recogerse

(1059) Artículo 17 de la LRJSP.

(1060) Artículo 17.6 de la LRJSP en relación con 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.

(1061) Informe JCCA número 54/2010, de 15 de diciembre de 2011.

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 dispone que para asistir al órgano de contratación en los procedimientos de diálogo competitivo (1062) o de asociación para la innovación que se sigan por las Administraciones Públicas, se constituirá una mesa con la composición señalada en el artículo 326.3 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, existirá la mesa de contratación interdepartamental propia de dicho sistema (1063).

d) Jurado en concursos de proyectos

Se incluye impropiaamente esta figura dentro de las mesas de contratación porque, aunque para asistir al Jurado no se constituirá una mesa, sin embargo, sus funciones sí presentan bastantes similitudes con las propias de esta.

El artículo 187 de la LCSP (1064) dispone que, una vez finalizado el plazo de presentación de las propuestas de proyectos, se constituirá un Jurado cuyos

(1062) Respecto a la misma, a juicio de los autores de esta obra, continúa vigente el artículo 24 del Real Decreto 817/2009.

(1063) 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.

(1064) La STC de 18 de marzo de 2021 declara que es constitucional el apartado 11 siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 7 B) i).

membros serán designados de conformidad con lo establecido en las bases del concurso, y que, 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 con 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 este lo dictara. Respecto 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 encuentre estructurada su tramitación procedimental (1065).

D. 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 fuera de plazo. En tal caso, 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 PCAPS.

En relación con dicha cuestión, después de varios criterios erráticos a juicio de los autores de esta obra (1066), debe mantenerse la conveniencia de que debería incluirse en los PCAPS una cláusula, a tenor de lo previsto en la dispo-

(1065) Resolución del TACRC número 267/2012, de 30 de noviembre, en la que se señala lo siguiente: 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). Sin embargo, en otros casos, como por ejemplo cuando una vez elevado al órgano de contratación el fallo del Jurado comienza un procedimiento de negociación con el clasificado en primer lugar, dicho fallo no puede asimilarse a la adjudicación pues esta se pospone al resultado de dicha negociación. 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.

(1066) En un primer momento, se decantaba por una postura, a juicio de los autores 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

sición 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 quede acreditada la misma en función de los diferentes medios que prevé la normativa aplicable (vía 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; 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 deberá realizarse de modo que quede garantizada su confidencialidad, la protección de la integridad de los datos (1067), y el secreto hasta el momento fijado para su apertura.

b) Defectos en la documentación administrativa

A la hora de abordar una cuestión tan delicada, es preciso tener presente, en primer lugar, que solamente pueden ser subsanados los requisitos que no supongan una mutabilidad de la oferta, salvo que se tratara de un error u omisión de carácter puramente formal (1068). En segundo lugar, que únicamente se pueden entender subsanados los que ya estuvieran sustanciados con anterioridad al

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 de los autores 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).

(1067) Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero.

(1068) STJUE de 29 de marzo de 2012, dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial que se presentó en el marco de unos litigios entre la Agencia Eslovaca de Contratación



momento de vencimiento del plazo para presentar proposiciones o solicitudes de participación (1069), como manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato que se consagran en la LCSP. Y, en tercer y último lugar, que, cuando procediese el trámite de subsanación, se haga en congruencia con las condiciones recogidas en los PCAPS o en el contrato y con la documentación que en ellos se refleje (1070).

Como ya se ha señalado, solamente pueden ser subsanados, por la aplicación del artículo 81 del RGTRLCAP, los requisitos que no supongan una mutabilidad de la oferta, salvo que se tratara de un error u omisión de carácter puramente formal (1071). Esto es lógico pues, de admitirse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fá-

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».

(1069) Véanse SSTS de 30 de enero de 1949, de 22 de junio de 1972, de 22 de noviembre de 1973, de 29 de abril de 1981, de 17 de febrero de 1984, y de 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.

(1070) 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.

(1071) Resoluciones números 106/2011, de 15 de abril, 164/2011, de 15 de junio, 219/2011, de 14 de septiembre, 237/2012, de 31 de octubre, y 253/2012, de 14 de noviembre.



tico 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 normativa comunitaria y en la LCSP (1072).

Una vez enunciadas las premisas básicas que han de disciplinar la problemática derivada de la aparición de defectos en la documentación, hay que indicar que la regla general será que la mesa de contratación habrá de conceder un plazo de 3 días hábiles para la subsanación de los mismos (1073) (artículo 81.2 del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra, continua vigente en cuanto no se ponga al contenido de la LCSP, y que resulta compatible, además con lo previsto en el artículo 27.1 del Real Decreto 817/2009 que dispone que, siempre que resulte precisa la subsanación, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior a 7 días naturales al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él) (1074).

(1072) SSTJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, de 16 de febrero de 2012, *Costa y Sifones*, y de 14 de noviembre de 2013, así como Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del TJUE de 18 de abril de 2007, Asunto *Deloitte Business Advisor NV*, T-195/05. Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero, en relación con un contrato de servicio de gestión de residuos peligrosos.

(1073) Resolución del TACRC número 898/2016, de 4 de noviembre, sobre la doctrina de subsanación de las ofertas.

(1074) 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.



La mesa concretará, sin lugar a dudas, los extremos a aportar (1075) y lo comunicará a los licitadores implicados, indicando el lugar (1076) 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 (1077).

En relación con el trámite de subsanación, recogido en el mencionado artículo 81, es preciso señalar que no le resulta aplicable lo previsto en el artículo 80.4 del RGTRLCAP relativo a la presentación de ofertas por parte de los licitadores a través de su envío por correo postal (1078). En este procedimiento excepcional, a la

(1075) 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. 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 (artículo 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.

(1076) Resolución del TACRC número 247/2011, de 26 de octubre.

(1077) Resolución del TACRC número 1702/2021, de 25 de noviembre.

(1078) Resolución del TACRC número 452/2020, 26 de marzo, en la que analiza el sentido que ha de darse a la expresión «oficina de Correos» que se usa en el artículo 80.4 del RGTRLCAP. El Tribunal en la Resolución número 870/2018, de 1 de octubre, señalaba lo siguiente:

1. La expresión «oficina de Correos» (con mayúscula) que utilizan tanto el artículo 80 del RGTRLCAP como el artículo 16.4.b) de la LPACAP, se refiere exclusivamente a las oficinas gestionadas por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA, y no a las empresas de mensajería, que, si bien pueden utilizarse para enviar y presentar las proposiciones, no pueden actuar como receptoras en el sentido de registros oficiales para recibir las proposiciones como si fuesen «oficinas de Correos».

2. Respecto a la empresa «Correos Express», aunque es diferente a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S. A., se trata de una empresa filial de esta que se encarga de llevar a cabo sus envíos urgentes. Por tanto, concluye, debe admitirse la aplicación a los envíos realizados desde «Correos Express» porque ha de presumirse la buena fe que acompañó al licitador (artículo 7.1 del Código Civil), cuando realizó el envío desde una oficina gestionada por Correos.

c) Subsanación de errores u omisiones: Medio de comunicación

El artículo 140.1.a).4.º de la LCSP dispone que en los PCAPS deberá expresarse en el DEUC 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. Así mismo, en la propia disposición adicional citada, se establece que en los propios pliegos se preverá que las notificaciones sean realizadas a través de la PCSP.

En virtud de este planteamiento, se ha planteado si resultaría procedente la exclusión de un licitador que ha procedido a subsanar un determinado extremo por medios distintos a los expresados, por ejemplo, a través de la sede electrónica del órgano de contratación.

En relación con dicho asunto, a juicio de los autores de esta obra, debe valorarse en cada caso, antes de tomar una decisión excluyente, si el medio empleado por el licitador impide o no la recepción y conocimiento adecuado por parte del órgano de contratación. De acuerdo con lo señalado, siempre que la incidencia se presente como un mero defecto formal no debe excluirse al licitador que hubiese utilizado una vía alternativa (1084).

d) 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 con que el licitador, entre otras cuestiones, no haya solicitado la declaración de concurso voluntario, no haya sido declarado insolvente en cualquier procedimiento, no se halle declarado en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, no esté sujeto a intervención judicial o hubiese sido inhabilitado 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 con lo señalado, la mesa debe comprobar esta situación a través de la realización de una consulta al Registro Público Concursal (1085) y ha de verifi-

(1084) Resolución del TACRC número 769/2020, de 3 de julio, con cita de la Resolución número 256/2019.

(1085) <https://www.publicidadconcursal.es/concursal-web/>
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.

carlo, a tenor del artículo 140.4 de la LCSP, en la fecha final de presentación de ofertas y hasta el momento de perfección del contrato. La mesa, por lo tanto, a través de su Secretario, ha de comprobarlo directamente accediendo al citado Registro, con independencia de que el licitador lo haya manifestado en su DEUC, 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. De este modo, si se comprueba, en el momento inmediatamente anterior a que sea dictado por el órgano de contratación el acuerdo de adjudicación, que el licitador que ha hecho la mejor oferta se encuentra incurso en prohibición para contratar, la adjudicación habría de efectuarse, a tenor de lo previsto en el artículo 150.2, párrafo tercero, de la LCSP, a favor del licitador que hubiese presentado la segunda mejor oferta, con independencia de las consecuencias que se pudieran irrogar en el futuro para dicho licitador excluido (1086).

e) Presentación de proposiciones

Si los licitadores presentasen sus proposiciones de manera diferente a la prevista en los PCAPS [por ejemplo, inclusión de la proposición económica en un sobre diferente (1087), presentación de proposición por precio global en lugar de por precio unitario (1088), o contradicción existente entre la oferta económica expresada en letra y en cifra, salvo que en los PCAPS se estableciera preferencia de una forma sobre otra (1089)], habrán de ser, en principio, rechazadas por la mesa de contratación (1090).

No obstante, la decisión ha de valorar en cada caso las siguientes consideraciones:

- Ha de valorar si el defecto producido conculca materialmente los principios rectores que han de inspirar la Contratación Pública, es decir, los principios de

(1086) Artículo 70.1.e) de la LCSP.

(1087) Informe JCCA número 20/2007, de 26 de marzo.

(1088) Informe JCCA número 51/2006, de 11 de diciembre.

(1089) Informe JCCA número 45/2006, de 30 de octubre y 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 en el que en una 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/litro. (un euro con ocho milésimas, por litro)».

(1090) Resolución del TACRC número 266/2012, de 28 de noviembre.



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.

Lo señalado indica que nunca esa decisión debe ser automáticamente adoptada, sino que es preciso, a juicio de los autores de esta obra, que la mesa analice, caso a caso, si el defecto producido desvirtuaría o no el secreto de la proposición (1091). Solamente en el caso de que se llegara a la conclusión afirmativa, la mesa debería excluirla.

Por otro lado, ha de tener presente que un excesivo formalismo sería contrario a los principios rectores 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 (1092).

En relación con lo señalado, a juicio de los autores de esta obra, el caso más frecuente, que en ocasiones compromete seriamente la decisión sobre la posible exclusión del licitador que ha de adoptar la mesa de contratación, se produce cuando el licitador se ha apartado de la forma indicada para presentar su proposición y, por ejemplo, ha incluido la documentación acreditativa de un determinado criterio de adjudicación a valorar mediante la aplicación de fórmulas en el sobre o archivo número 2 correspondiente a criterios relativos a juicio de valor. En este caso, la mesa de contratación debería, en principio, proceder a excluir a ese licitador del proceso contractual (1093) por vulneración de los artículos 157 y 139.2 de la LCSP que consagra el deber de secreto, salvo que se comprobase, sin duda alguna, que la información desvelada no hubiese tenido repercusión en la valoración de la proposición presentada (1094).

- Se ha de ponderar si el error en el que ha incurrido el licitador se debe a una incorrecta redacción de los PCAPS ya que, en tal caso, las consecuencias no

(1091) Resoluciones del TACRC números 14/2010, de 26 de noviembre, y 838/2014, de 7 de noviembre.

(1092) 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 4/2007, de 31 de mayo, y 3/2008, de 30 mayo, e Informes JCCA números 23/2008, de 29 de septiembre, y 30/2008, de 2 de diciembre.

(1093) 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.

(1094) Resoluciones del TACRC números 14/2010, de 26 de noviembre, y 458/2022, de 21 de abril, en un contrato financiado con cargo a «Fondos *Next Generation*», e Informe JCCA número 62/2008, de 2 de diciembre.



pueden trasladarse a la empresa licitadora mediante la exclusión decretada por la mesa de contratación (1095).

f) Retirada de la oferta

Este caso se produce cuando, por ejemplo, en el acto de apertura de proposiciones y al mencionar a una determinada empresa y su oferta, su representante (1096) procede a manifestar que retira la misma porque adolece de error en base que impide que pueda asumir la ejecución del contrato de resultar seleccionada por la Administración (1097). 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 (1098).

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 RGTRLCAP, lleva a la necesidad de examinar, caso a caso, la concurrencia de 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

(1095) Resoluciones del TACRC números 240/2012, de 31 de octubre, 254/2012, de 14 de noviembre, y 166/2013, de 8 de mayo.

(1096) 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, Resolución del TACRC número 48/2012, de 9 de febrero.

(1097) 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.

(1098) Informe JCCA número 30/2008, de 2 de diciembre.

adjudicatario, a asumir la formalización y cumplimiento de las obligaciones contractuales.

g) Análisis de las condiciones especiales de ejecución

Puede surgir cierta tendencia de la mesa de contratación a entender que las condiciones especiales de ejecución del contrato, recogidas en los PCAPS, funcionan 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, cuando en realidad se trata de aspectos que han de estar operativos durante el cumplimiento del contrato, probándose generalmente en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP o bien con posterioridad a la existencia del contrato.

Por ello, en estos casos, resultará absolutamente improcedente que la mesa de contratación, al examinar los extremos incluidos en el DEUC, acordara la exclusión automática del licitador por no aportar los mencionados medios en ese momento (1099), pues puede suceder que algún extremo haya de acreditarse en sede de ejecución del contrato (1100).

h) Ausencia de competencia para excluir una oferta anormalmente baja

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 en el artículo 149.4 de la LCSP, 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 artículo 150.1.

(1099) 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

(1100) 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.

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.

Por su parte, el artículo 326.2.c) de la LCSP establece que la mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá, en su caso, la de «propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente Ley».

A la vista de estos preceptos, resulta patente que, si la mesa de contratación adoptase el acuerdo de exclusión de una oferta anormalmente baja, dicho acto administrativo adolecería de un vicio de anulabilidad, ex artículo 48.1 de la LPACAP, toda vez que se ha excedido en sus competencias e invadido las del órgano de contratación, del que depende jerárquicamente como órgano de asistencia (1101). Como tal, pudiera ser sanado por el órgano de contratación, jerárquicamente superior, mediante su convalidación, conforme al artículo 52.3 de la LPACAP.

E. 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 (1102). 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 acoradas por la mesa (1103).

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 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

(1101) Resolución del TACRC número 473/2020, de 26 de marzo.

(1102) STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 noviembre de 2012, en relación con un contrato de recogida de residuos sólidos urbanos celebrado por el Ayuntamiento de Torrevieja.

(1103) Vía responsabilidad patrimonial derivada de la disposición adicional vigésima octava de la LCSP, en relación con los artículos 36 y 37 de la LRJSP.

de falsedad documental (1104) (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 (1105), prevaricación (1106), fraudes y exacciones ilegales (1107), y en negociaciones y actividades prohibidas y abusos en el ejercicio de su función (1108).

5. FASE INTERNA: PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A. Planteamiento estratégico del contrato

En la fase interna del procedimiento de contratación el Poder Adjudicador Administración Pública 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 con la mayor regularidad posible. 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, es decir, 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 tenga que procurar desarrollar la capacidad de contar con el mayor conocimiento posible de las posibilidades que ofrece la citada Ley. Para ello, deberá analizar y dimensionar las siguientes premisas que plantea el texto normativo: Por un lado, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato a celebrar, y, por otro, la fijación del valor estimado del mismo, ya que, en base a ellas, la metodología de la LCSP orienta las posibilidades de realización de cada contratación. Saber elegir entre ellas la que mejor se adapte a

(1104) Artículo 390 y 391 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(1105) Artículo 398 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(1106) Artículo 404 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(1107) Artículo 436 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(1108) Artículos 439, 441, y 442.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

las necesidades a satisfacer, constituye el diferencial de conocimiento y capacidad que distingue al gestor eficiente en materia de Contratación Pública.

En este sentido, la Comisión Europea adoptó una «Recomendación sobre la profesionalización de la contratación pública» (1109) con la finalidad de animar a los países de la UE a aumentar la profesionalidad de las autoridades responsables de la contratación, de cara a garantizar que los compradores tengan las capacidades, conocimientos e integridad necesarios.

A nivel nacional, como ya se ha señalado en esta obra, que el artículo 334.1 de la LCSP configura la Estrategia Nacional de Contratación Pública como el instrumento jurídico vinculante y en el que se abordarán, entre otras cuestiones, la relativa a la promoción de la profesionalización en el ámbito de la Contratación Pública.

B. Naturaleza del contrato

Como acaba de señalarse, 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 Sexta Parte sobre «Normas aplicables a la contratación de un Poder Adjudicador Administración Pública», Epígrafe 2 «Tipología», apartado A relativo a los «Contratos administrativos “típicos”».

Solamente insistir que, en función de lo ya señalado en esta obra, hay que meditar mucho la decisión de aplicar la figura de los contratos mixtos (1110), ya que podría resultar comprometida la ejecución regular del contrato.

C. Valor estimado del contrato

a) Planteamiento general

Como premisa, ha de apuntarse que el sistema de cuantías que, a continuación, se va a desgranar se realiza sin perjuicio de lo ya señalado en esta obra, respecto a los contratos y sistemas de racionalización técnica de la contratación que se financien con fondos *Next Generation EU*.

(1109) Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública. C/2017/6654

ELI: <http://data.europa.eu/eli/reco/2017/1805/oj>

(1110) Artículo 18 de la LCSP.

El concepto de valor estimado tiene por objeto poder determinar *a priori*, en la fase interna del contrato, cuándo dicho contrato estará SARA, y, si no es el caso, cuándo será posible aplicar los procedimientos de adjudicación ordinarios (abierto –con sus modalidades ordinaria (artículos 156 a 158), simplificada (artículo 159.1 a 5) y simplificada abreviada (artículo 159.6)–, restringido), o la figura de los contratos menores(1111).

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 ahora cuál es el sistema de cuantías recogido en la LCSP con el fin de planificar la gestión contractual. El citado sistema se aplica, 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 ascendente de importes. Dicho sistema, no obstante, responde a las siguientes premisas:

- El sistema de cuantías que prevé la LCSP «impone», por un lado, que en los contratos SARA, de no motivarse causa material para aplicar un procedimiento de adjudicación extraordinario de licitación con negociación (artículos 167 y 168 de la LCSP), deba aplicarse un procedimiento de adjudicación ordinario (abierto o restringido), pero, por otro lado, en los contratos No SARA, «orienta» hacia la aplicación de diferentes procedimientos de adjudicación. Ello quiere decir, por ejemplo, que un contrato de obras no financiado con fondos *Next Generation EU* y un valor estimado de 70.000 euros, que la Ley «orienta» a que se aplique un procedimiento abierto simplificado abreviado del artículo 159.6, perfectamente podría tramitarse como un procedimiento abierto ordinario de los artículos 156 a 158 de la LCSP.
- 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 12.000.000 de euros, salvo que, como señala el artículo 49 del Real Decreto-ley 36/2020, los contratos y acuerdos marco se financien con fondos *Next Generation EU*.

b) *Sistema de cuantías aplicable al contrato de obras*

Cuando el valor estimado sea inferior a 40.000 o a 50.000 euros, en el caso de los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación(1112), lo indicado sería que el órgano de contrata-

(1111) Artículo 118.1 de la LCSP.

(1112) Disposición adicional quincuagésima cuarta.1 de la LCSP, sobre Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

ción celebre un contrato menor, ajustándose a lo previsto en los artículos 118 y 131.3 y a la disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP, 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 o a 50.000 euros, en el caso de los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (1113), 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.

e Innovación. En relación con esta excepción, el Informe JCCPE número 39/2020 analiza el ámbito de aplicación subjetivo de dicha disposición adicional respecto de los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación y, en concreto, si cabe incluir en el mismo a una entidad que sufrague los gastos o costes de una actividad de investigación científica y técnica o de innovación realizadas por otro agente del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, o aporte los recursos económicos necesarios para la realización de dichas actividades, actuando como agente de financiación del meritado sistema. En relación con dicha cuestión, indica que ello no es posible razonándolo de la siguiente manera:

1. La Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, en su artículo 3 delimita los distintos tipos de agentes que componen el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, diferenciando los diferentes tipos atendiendo a sus funciones en agentes de financiación, de ejecución, o de coordinación.
2. De acuerdo con la anterior distinción, la DA 54.^a solo se aplica a las entidades que desarrollan las actividades que son propias de los agentes de ejecución del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, tal como han sido concretadas en el artículo 3.4 de la Ley 14/2011, esto es, la realización o la prestación de soporte especializado a la investigación científica y técnica o a la innovación. Sin duda, esta conclusión se puede considerar clara a la vista de las diferentes entidades que son expresamente mencionadas en la DA 54.^a de la LCSP, pues todas ellas realizan este tipo de actividades. Tales entidades serían las siguientes:

- las Universidades públicas,
- los organismos públicos de investigación,
- las fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado,
- los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas,
- las Fundaciones de Investigación Biomédica, y
- los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud.

Son todas ellas entidades que, por su naturaleza y funciones características, tienen por actividad básica la realización activa de actividades de investigación científica o técnica o de innovación. La enumeración trata de ser explicativa a los efectos de determinar que solo este tipo de entidades se beneficia en el seno de su propia contratación pública, es decir, en la que opera como entidad contratante, de la excepción contenida en la DA 54.^a, cosa que ocurre por causa de la peculiar naturaleza de su actividad.

(1113) *Op. ult. cit.*



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.

Por último, cuando el valor estimado sea superior a 2.000.000 euros lo adecuado sería la celebración de un procedimiento ordinario de adjudicación (abierto o restringido), con o sin publicidad comunitaria según que se superaran o no los 5.382.000 euros (1114), 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

Cuando el valor estimado sea inferior a 15.000 euros 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 60.000 euros, excepto en el caso de los servicios que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual (1115), 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 60.000 euros e inferior a 140.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o a 215.000 euros, cuando se trate de contratos celebrados por órganos distintos a los dependientes de la Administración General del Estado, lo adecuado sería que el órgano de contratación promoviese la celebración de un procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 a 5 de la LCSP.

(1114) Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre).

(1115) Resolución del TACRC número 1595/2021, de 12 de noviembre, en la que analiza la doctrina del tribunal sobre la disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP sobre «Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo», es decir, sobre los «servicios de naturaleza intelectual por disposición legal».

Para llegar a dicha conclusión hay que indicar que aunque el citado artículo 159.1 nada dice sobre la aplicación del umbral SARA de 215.000 euros respecto a órganos de contratación no dependientes de la Administración General del Estado, sin embargo, a juicio de los autores de esta obra, esta falta de referencia del artículo 159.1 a los artículos 21.1.b) y 22.1.b) de la LCSP, no debe significar, de *lege ferenda*, que los órganos de contratación de las Comunidades Autónomas y entidades locales sean de peor condición a la hora de poder aplicar el procedimiento abierto simplificado.

Por último, cuando el valor estimado sea igual o superior al umbral SARA previsto en 140.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, y en 215.000 euros, cuando se trate de contratos celebrados por órganos distintos a los dependientes de la Administración General del Estado, será necesario promover la celebración de un procedimiento ordinario de adjudicación (abierto o restringido) con publicidad comunitaria, 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.

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 de obras, de concesión de obras, de concesión de servicios, de suministro, de servicios, o de contratos subvencionados(1116), que no se trate de ninguno de los contratos a los que se refiere el artículo 19.2 de la LCSP(1117).

(1116) Artículo 23 de la LCSP.

(1117) Informe JCCPE número 4/2019, sobre la posible exclusión de la LCSP de los contratos de servicios jurídicos en aplicación del artículo 10.d) de la Directiva 2014/24/UE, con cita del Informe de la Abogacía General del Estado [Ref.: A. G. - ENTES PÚBLICOS 45/2018 (R-436/2018)]. Entre ellos destacan los contratos de servicios consistentes en la defensa legal de las Administraciones Públicas mediante abogado (artículo 19.2 e) 1.º y 2.º de la LCSP), en los que, a pesar de ello, su régimen jurídico será el que corresponda, pudiendo ser contratados por cualquiera de los procedimientos descritos en la LCSP (Considerandos 25 y 116, en el artículo 10, y en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, y en el artículo 19.2 y en el Anexo IV de la LCSP que alude a los servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1.c) («Están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o supe-

- Que el valor estimado de los citados contratos sea de cuantía igual o superior al previsto como umbral comunitario(1118).
- Que el órgano de contratación sea un poder adjudicador a tenor de lo previsto en el artículo 3.3.d) de la LCSP.

La consecuencia de que un contrato sea SARA 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(1119).

rior a las siguientes cantidades: ... c) 750.000 euros, cuando se trate de contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV»), 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta («En los contratos de concesión de servicios especiales del anexo IV la convocatoria de licitación se realizará en todo caso mediante el anuncio de información previa a que se refiere la Disposición adicional trigésima sexta») bajo los códigos CPV 79100000-5 a 79140000-7; 75231100-5, incluyendo únicamente a los servicios jurídicos distintos de los referidos en el artículo 19.2.e) siempre que, por un lado, se garantice la aplicación de los principios generales a los que alude la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública, publicada en el DOUE de 1 de agosto de 2006, y, por otro, se valore por la entidad adjudicadora del contrato si el contrato encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros Estados de la UE ya que, si ello fuese así, deberían tenerse en cuenta los criterios establecidos en la citada Comunicación que exigen la publicación del anuncio en el sitio web de la entidad adjudicadora, la descripción no discriminatoria del objeto del contrato, igualdad de acceso para los operadores económicos y plazos adecuados para la presentación de ofertas, y, en caso contrario, sería admisible prescindir del requisito de publicidad y limitar el número de empresas a las que se solicite ofertas. Sin embargo, ello no excluye que el contrato se pueda adjudicar por alguno de los procedimientos de adjudicación regulados en la LCSP pues nada impide la aplicación de un procedimiento más riguroso.

(1118) Actualmente los umbrales comunitarios están recogidos en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre).

(1119) Artículos 20.2, 21.2 y 22.2 de la LCSP. 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 con la posibilidad de formar lotes respecto de 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 SARA 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 99.3 de la LCSP (Lote 1: 3.300.000, Lote 2: 1.750.000 y Lote 3: 750.000) podría descontar del cómputo a efectos del umbral comunitario el importe del Lote 3 (750.000 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,



E. Contratos reservados

a) *Introducción*

La celebración de este tipo de contratos, como ya se ha señalado en la Primera Parte de esta obra, se incardina dentro del ámbito de la CPE que impulsa la utilización del poder de compra pública para favorecer la consecución de objetivos propios de otras políticas públicas como son los sociales y laborales, y todo ello debido a su carácter transversal y el gran volumen de recursos que moviliza. De este modo, se constituye como una nueva forma de llevar a cabo la compra pública, más allá de la función tradicional de la contratación de dar satisfacción a las necesidades de bienes y servicios del sector público, poniendo el poder de la compra pública al servicio de otras políticas consideradas estratégicas (1120).

el valor estimado del mencionado contrato no sería de 5.800.000 euros sino de 5.050.000 euros (5.800.000 menos 750.000 euros). Por ello dicho contrato no estaría SARA ya que no superaría los 5.382.000 euros, cuantía prevista para este tipo de contrato en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre). El funcionamiento sería idéntico para el contrato de suministro 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 99.3 de la LCSP (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 SARA ya que no superaría los 140.000 euros cuantía prevista para este tipo de contrato en la citada Orden HFP/1499/2021.

No parece que sea esta 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 SARA y otros, que cumplirían las condiciones previstas en dichos artículos, aplicarían el previsto para los no SARA.

Así, de acuerdo con dicha interpretación y volviendo al ejemplo realizado respecto al contrato de obras (Lote 1: 3.300.000, Lote 2: 1.750.000 y Lote 3 – 750.000), 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 SARA. Esta interpretación haría que el contrato fuera SARA, 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, a juicio de los autores de esta obra, 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.

(1120) Informe Especial de Supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación relativo a la Contratación Estratégica en el 2020 sobre contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación, de marzo de 2022.



Prueba de lo señalado es lo previsto en la disposición adicional decimonovena de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (1121), sobre contratos reservados en la gestión de residuos textiles, que dispone que, de conformidad con la disposición adicional cuarta de la LCSP, y en relación con las obligaciones de recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles y de muebles y enseres, los contratos de las administraciones públicas serán licitados y adjudicados de manera preferente a través de contratos reservados. En su apartado 2, añade que, para dar cumplimiento a dicha obligación, al menos el 50 por ciento del importe de adjudicación deberá ser objeto de contratación reservada a Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo de iniciativa social autorizados para el tratamiento de residuos. En caso contrario, la administración pública y el órgano de contratación deberán justificarlo debida y motivadamente en el expediente y podrá ser objeto de recurso especial o de los recursos establecidos en materia de contratación pública.

En la Quinta Parte 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. Por ello, los contratos públicos, financiados total o parcialmente por el presupuesto, se ajustarán a dichos principios.

A pesar de ello, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE contempla la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, pero, como no podía ser de otro modo, no desciende a pormenorizar la forma jurídica de las entidades susceptibles de ser beneficiarias dada la gran disparidad existente entre los diferentes Estados miembros.

Dicho artículo 20 es trasiego del Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE que manifiesta lo siguiente:

«El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están

(1121) BOE número 85, de 9 de abril, con entrada en vigor el 10 de abril de 2022, salvo en lo previsto en el Título VII sobre Medidas fiscales para incentivar la economía circular, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido».

El citado artículo 20.1 de la Directiva 2014/24/UE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la LCSP imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo en consecuencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores económicos, siempre que dicho Estado miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad.

Esta postura se fundamenta, en primer lugar, en que los Estados miembros gozan de cierta libertad en la aplicación de los requisitos establecidos en el artículo 20.1 porque está formulado en términos que no indican en absoluto que todas las entidades que cumplan esos requisitos deban disfrutar de ese derecho, porque el hecho de que, al menos el 30 por ciento del personal debe estar constituido por personas con discapacidad o desfavorecidas, solo constituya una exigencia mínima, y porque la referencia a los operadores económicos indica una cierta generalidad e indeterminación en cuanto a las entidades que pueden acogerse a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos previstos en dicho artículo 20.1, siempre que tengan como objetivo principal la integración social y profesional de las personas con discapacidad o desfavorecidas. En segundo lugar, porque el objetivo perseguido por el artículo 20.1, de acuerdo con el Considerando 36 de dicha Directiva, es que, para propiciar que el empleo y la ocupación contribuyan a la integración en la sociedad y a garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos, la facultad prevista en esta disposición deba ejercerse en beneficio de los talleres protegidos y de los operadores económicos cuyo objetivo principal sea apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas con discapacidad o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que, de algún modo, están socialmente marginados, y que, en condiciones normales de competencia, es más que posible que puedan tener dificultades para obtener contratos (1122).

Precisamente por todo ello, en el Preámbulo de la LCSP (1123) se señala que, tomando como referencia las Directivas europeas, se incluyen en los contratos públicos, entre otras, consideraciones de tipo social.

(1122) STJUE de 6 de octubre de 2021.

(1123) Exponendo V.



b) *Centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción*

El artículo 20.1 de la Directiva 2014/24/UE establece que los «Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 por ciento de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos».

La disposición adicional cuarta.1 (1124) de la LCSP, al transponer el mencionado artículo 20, dispone que, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros (1125)

(1124) 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 (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), de recogida y reciclaje (CPV: 90511300-5, 90511400-6, 90531000-8), forestales (CPV: 77200000-2, 77231000-8, 77231800-6, 77312000-0, 77312100-1, 79930000-2), de lavandería (CPV: 98311100-7, 98311200-8, 98312100-4, 98314000-7, 98315000-4, 98311000-6), de hostelería y *catering* (CPV: 79952000-2, 55130000-0, 79952100-3, 55120000-7, 79950000-8, 55512000-2, 55330000-2, 55400000-4, 55410000-7), de transporte (CPV: 60112000-6), de imprenta (CPV: 79824000-6, 79821000-5, 79820000-8, 79800000-2, 79810000-5, 79823000-9, 79971000-1, 79971200-3, 79971100-2), sociales (CPV: 85320000-8, 85312000-9, 85300000-2, 85310000-5), de almacenamiento y reparto (CPV: 63100000-0, 63120000-6, 63121100-4), de hospedaje y turismo rural (CPV: 63500000-4, 75125000-8), de trabajos administrativos (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), de gestión y trabajos auxiliares (CPV: 45233294-6, 45316000-5, 79993100-2, 79993000-1), de correo y publicidad (CPV: 79571000-7, 79340000-9, 79341000-6, 64121100-1, 64121200-2, 79520000-5, 79920000-9, 79921000-6), de mantenimiento y reparación (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), de producción y venta de plantas de temporada, de compost, de planta y arbusto, de mobiliario de jardín (CPV: 03121100-6, 03451300-9, 39142000-9, 03110000-5), de producción y venta de jabones de mano (CPV: 33711900-6, 33741100-7, 39831700-3), de producción y venta de herramientas de cocina de madera (CPV: 39220000-0, 44410000-7, 39221100-8, 39221180-2, 39141000-2), de producción y venta de mobiliario de carpintería (CPV: 39100000-3, 03419100-1, 37800000-6, 37810000-9), de venta y distribución (CPV: 30199000-0, 39000000-2), de artículos para eventos (CPV: 18530000-3), y de regalos y obsequios de empresa (CPV: 39516000-2, 39295500-1, 39561140-5, 39200000-4, 39290000-1, 39170000-4, 44111300-4, 39298900-6, 44812400-9).

(1125) El citado Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de 1 año a contar desde el 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la LCSP. Si no se hubiese hecho, los órganos de contratación del Sector Público



o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas de porcentajes de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de lotes de los mismos a «Centros Especiales de Empleo de iniciativa social» y a «empresas de inserción» regulados, respectivamente, en el 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 en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

Para ello, las entidades han de cumplir los requisitos establecidos en dicha normativa para tener dicha consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por ciento.

La citada disposición adicional cuarta, sin embargo, no se refiere a los Centros Especiales de Empleo que consistan en empresas de inserción ya que el artículo 5.a) de la citada Ley 44/2007 exige que estén promovidas y participadas al menos en un 51 por ciento del capital social por entidades y/o asociaciones sin ánimo de lucro o por fundaciones. En función de ello, es preciso matizar lo siguiente(1126):

- Que los operadores económicos, destinatarios de la reserva que contiene dicha disposición adicional, son, exclusivamente, los «Centros Especiales de Empleo de iniciativa social» y las «empresas de inserción».

En este sentido, la disposición final decimocuarta de la LCSP adicionó un nuevo apartado 4 al artículo 43 del mencionado Real Decreto Legislativo 1/2013 en que se señala lo siguiente:

«Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o priva-

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.

(1126) Derivado de las Resoluciones del TACRC números 914/2018, de 11 de octubre, 108/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, 266/2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, y 100/2018 del OARC.



das, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

- Que el carácter de «Centro Especial de Empleo de iniciativa social» y de «empresa de inserción» se configura como habilitación empresarial o profesional del artículo 65.2 de la LCSP, es decir, como una condición legal de aptitud para ejercer la profesión u oficio, pero no como un requisito de solvencia, sin que ello implique una vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y de la libertad de competencia, ya que se está, precisamente, ante la figura de los «contratos reservados».

En este sentido, desde el punto de vista del objeto del contrato reservado, es preciso indicar que, a los efectos del mencionado artículo 65.2, no es necesario que exista una plena identidad entre las labores desarrolladas por el «Centro Especial de Empleo de iniciativa social» y de «empresa de inserción» y la específica actividad objeto del contrato (1127).

Los apartados 2 y 3 de la disposición adicional cuarta también señalan dos condiciones más, por un lado, que en el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la aplicación de dicha disposición, y que, cuando se fijen las condiciones mínimas de porcentajes de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o lotes, no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de la LCSP, 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.

c) *Organizaciones para prestar determinados servicios*

El artículo 77.1 de la Directiva 2014/24/UE, sobre reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones,

(1127) Resolución del TACRC número 538/2016, de 8 de julio.

dispone que «Los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se contemplan en el artículo 74 y que lleven los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8».

En transposición del mencionado artículo 77.1, la disposición adicional cuadragésima octava.¹ de la LCSP dispone que «Sin perjuicio de lo establecido en la Disposición adicional cuarta, los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV bajo los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8».

Para ello, en el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación de un contrato de estas características, se hará referencia expresa a la citada disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP.

De acuerdo con lo señalado y relacionado con la mencionada disposición adicional cuarta, la adicional cuadragésima octava, establece aun un supuesto más específico y excepcional referido a determinados contratos de servicios sociales, culturales y de salud (1128) que podrán ser reservados a favor de determinadas organizaciones que cumplan los siguientes requisitos a los que se refiere el

(1128) La citada disposición adicional 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 (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 (CPV 79622000-0), Servicios de suministro de personal de enfermería (CPV 79624000-4), Servicios de suministro de personal médico (CPV 79625000-1), Casas particulares con personas empleadas (CPV 98133000-4)], Otros servicios administrativos y servicios gubernamentales (CPV 75123000-4), y Otros servicios comunitarios, sociales y personales, incluidos los servicios prestados por sindicatos, organizaciones políticas, asociaciones juveniles y otros servicios prestados por asociaciones (CPV 98133110-8).



artículo 77.2 y 3 De la Directiva 2014/24/UE y que han sido transpuestos en la disposición adicional cuadragésima octava. 2 y 3 de la LCSP:

- Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público, vinculada a la prestación de alguno de los servicios recogidos en la disposición adicional cuadragésima octava.1 de la LCSP.
- 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, deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.
- 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.
- Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato de dicha naturaleza en los 3 años precedentes.
- Que la duración máxima del contrato no exceda de 3 años.

d) Entidades sin ánimo de lucro

Se ha planteado la duda de si, dentro de las figuras de los «Centros Especiales de Empleo de iniciativa social» y las «empresas de inserción» (disposición adicional cuarta de la LCSP), y de determinadas organizaciones a las que se puede adjudicar contratos de servicios sociales, culturales y de salud (disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP), se estarían vulnerando las mismas si se excluyera a una entidad sin ánimo de lucro inscrita en el registro correspondiente. En definitiva, lo que se pone encima de la mesa es la necesidad de concretar los requisitos materiales y formales o procedimentales que permiten aplicar las citadas excepciones al principio de carácter general, consagrado en el artículo 132 de la LCSP, de prohibición de reservar contratos a entidades por su forma jurídica o por su falta de ánimo de lucro (1129).

La conclusión es concluyente: Solamente se podrá aplicar la figura de los contratos reservados, en el caso de «Centros Especiales de Empleo de iniciativa social» y las «empresas de inserción» (disposición adicional cuarta de la LCSP), y de organizaciones a las que se puede adjudicar contratos de servicios sociales, culturales y de salud (disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP), por lo que cabe concluir que no será determinante que una entidad no tenga ánimo de lucro y que se encuentre o no inscrita en el registro correspondiente, sino que

(1129) Resolución del TACRC número 907/2020, de 26 de agosto, en la que se sigue lo señalado en la resolución número 881/2019.



lo esencial será analizar, en cada caso, si puede aplicarse la reserva por reunir los requisitos señalados anteriormente (1130).

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, de tal modo que, si definitivamente se aprueba el expediente y el gasto (1131), ello supondrá que el órgano de contratación haya de iniciar la fase externa, de acuerdo con lo previsto en los PCAPS, a cuyo efecto hará pública al tráfico jurídico la voluntad de contratar de un Poder Adjudicador Administración Pública.

En relación con el expediente de contratación, se ha planteado cómo debería actuar el órgano de contratación en el caso de que hubiera en alguna incorrección dentro del diseño de la estrategia contractual. En tal supuesto, salvo que la

(1130) En este sentido, es preciso recordar que la STJUE de 6 de octubre de 2021 resolvió una petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco en relación con la interpretación del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE en relación con si es correcta la exclusión de determinados contratos reservados de centros especiales de empleo de iniciativa empresarial, es decir, planteaba «Si el artículo 20 de la Directiva (2014/24) sobre contratación debe interpretarse en el sentido de que el alcance subjetivo de la reserva previsto por el mismo no puede ser delimitado en términos que excluyan de su ámbito de aplicación a empresas u operadores económicos que acrediten el requisito de que, al menos, el 30 % de sus empleados sean personas discapacitadas y cumplan la finalidad u objetivo de integración social y profesional de esas personas, mediante la fijación de requisitos adicionales relacionados con la constitución, carácter y fines de dichos sujetos, con su actividad o inversiones, o de otra clase». El Tribunal señaló que «El artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo así de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, siempre que dicho Estado miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad».

(1131) Normalmente, ambas competencias coinciden en el mismo órgano de contratación, pero, en el caso de que no fuera así, por ejemplo, cuando la competencia para contratar correspondiera a una Junta de Contratación, la aprobación del gasto habría que recabarla de la autoridad competente en dicha materia. 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.



misma fuese constitutiva de causa de desistimiento del artículo 152 de la LCSP, en cuyo caso no podrá promoverse una nueva licitación 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 este 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.

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 (1132), será el siguiente a tenor de lo previsto en el artículo 116 de la LCSP:

– 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...» (1133), 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...» (1134). En relación con 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

(1132) 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, en general, 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 (artículo 118 de la LCSP).

(1133) 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.

(1134) Artículos 67.1 TRLCAP, 109.1 TRLCSP y 116.1 de la LCSP.

- Prevé que, por un lado, 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 (1137), y, por otro, la posibilidad de que el órgano de contratación hubiera decidido proceder a la división en lotes y a adjudicar más de un lote al mismo licitador, en cuyo caso se podrá adjudicar a una oferta integradora siempre y cuando se cumplan determinados requisitos.
- Justificación adecuada de la elección del procedimiento y de los criterios de adjudicación del contrato (1138).
 - La inclusión de los pliegos, del Documento Descriptivo (1139) en el procedimiento de Diálogo Competitivo, y del documento de licitación en los contratos basados en acuerdos marco cuando fuera preciso llevar a cabo una nueva licitación con las empresas parte del mismo (1140).

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 Pública contratante que su licitación debe realizarse de modo unificado.

(1137) Finalmente se aplicó el criterio que mantenía la Abogacía General del Estado desde el Dictamen 69/2006, 28 de julio, en relación con 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.

(1138) Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas 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 la Tesorería General de la Seguridad Social, por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales. Resolución del TACRC número 224/2022, de 17 de febrero, en la que, en un caso de infracción del artículo 116.4 de la LCSP por absoluta falta de motivación de los criterios de solvencia, de los criterios de adjudicación y de la exigencia de seguros, declara que supone un incumplimiento de dicho precepto derivar la motivación a un informe del órgano de contratación que se acompañe de una memoria interna que no ha sido publicada.

(1139) Artículo 174.1 de la LCSP, en relación con la Subsección 5.ª, de la Sección 2.ª, del Capítulo I, del Título I, del Libro II.

(1140) Artículo 219.4 y 5 de la LCSP.



tación objeto del contrato, bien por figurar esta en planes previamente aprobados o autorizados, bien por estimarse singularmente necesaria, así como de sus características e importe calculado de las prestaciones.

En relación con los contratos menores, la IGAE, en su Informe de 30 de abril de 2020, ha señalado que el informe de insuficiencia de medios «no forma parte de la documentación que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 de la LCSP, debe integrar el expediente de los contratos menores». Para ello, basándose en diferentes Informes de la JCCA y de la JCCPE (1143), razona que, del literal del artículo 118 de la LCSP, se observa que, dentro de la tramitación simplificada que supone la celebración de un contrato menor, no cabe entender incluido dicho informe de insuficiencia de medios.

b) Reutilización de sistemas y aplicaciones informáticas

En relación con lo ya analizado en esta obra en esta misma Sexta Parte (1144) sobre el comentario del artículo 308 de la LCSP, desde el 2 de abril de 2021, para la Administración General del Estado, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del Sector Público por medios electrónicos (1145), establece un requisito adicional que ha de constar incluido en el expediente de contratación.

Así el artículo 64 dispone, sobre la reutilización de sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas, que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 157 de la LRJSP, las Administraciones Públicas pondrán a disposición de cualquiera de ellas que lo solicite las aplicaciones, desarrolladas por sus servicios o que hayan sido objeto de contratación y de cuyos derechos de propiedad intelectual sean titulares, salvo que la información a la que estén asociadas sea objeto de especial protección por estar previsto en una norma. Las Administraciones cedentes y cesionarias podrán acordar la repercusión del coste de adquisición o fabricación de las aplicaciones cedidas.

A tal efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 158 de la LRJSP, las Administraciones Públicas mantendrán directorios actualizados de aplicaciones para su libre reutilización en modo producto o en modo servicio, de conformidad con lo dispuesto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad. Estos directorios deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, con el Directorio general de aplicaciones de

(1143) Informes JCCA números 40/1995, 13/1996, 10/1998, y 12/2002, e Informes JCCPE números 21/2016 y 40/2018.

(1144) Epígrafe 2. «Tipología», Apartado A «Contratos administrativos “típicos”», e. «Contrato de servicios», 2. «Objeto».

(1145) BOE número 77, de 31 de marzo. Desarrolla lo previsto en la LRJSP y en la LPACAP.



la Administración General del Estado para su libre reutilización previsto en el artículo 17 del Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

Las Administraciones públicas procurarán la construcción de aplicaciones reutilizables, bien en modo producto o en modo servicio, con el fin de favorecer las actuaciones de compartir, reutilizar y colaborar, en beneficio de una mejor eficiencia y para atender de forma efectiva las solicitudes recibidas en virtud del artículo 157 de la LRJSP.

Las Administraciones Públicas, con carácter previo a la adquisición, desarrollo o al mantenimiento a lo largo de todo el ciclo de vida de una aplicación, tanto si se realiza con medios propios o por la contratación de los servicios correspondientes, deberán consultar en el Directorio general de aplicaciones de la Administración General del Estado para su libre reutilización, si existen soluciones disponibles para su reutilización, que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir, y siempre que los requisitos tecnológicos de interoperabilidad y seguridad así lo permitan.

Las conclusiones con respecto al resultado de dicha consulta al directorio general se incorporarán en el expediente de contratación y reflejarán, en su caso, que no existen soluciones disponibles para su reutilización que puedan satisfacer total o parcialmente las necesidades, mejoras o actualizaciones que se pretenden cubrir.

En el caso de existir una solución disponible para su reutilización total o parcial, la justificación de la no reutilización se realizará en términos de eficiencia conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

c) Especialidades propias de algunos contratos

1. Contrato de obras

De acuerdo con lo ya señalado en esta misma Parte de la presente obra (1146), este tipo de contrato presenta determinadas peculiaridades en su fase interna que, de manera muy sintética, pueden esquematizarse de la siguiente manera:

- Permite la realización del proyecto y, además, que se pueda encargar al mismo contratista la ejecución de la obra (1147).

(1146) Epígrafe 2. «Tipología», Apartado A. «Contratos administrativos “típicos”», a. «Contrato de obras».

(1147) SSTs de 18 de marzo de 2008 y de 17 de octubre de 2011.

El artículo 234.2 de la LCSP dispone que, en todo caso, la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto 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.

Para ello es necesario que se justifique debidamente (1148) pues, es preciso 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 (1149), 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, que incluye la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras, con el supuesto, igualmente excepcional, de que, al amparo del artículo 70.2 de la LCSP, la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución pudiera adjudicarse a la misma empresa que hubiera sido seleccionada para la ejecución de la obra (1150). En este caso, el citado artículo dispone que los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera contratos, así como la coordinación en materia de seguridad y salud, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos, ni a las empresas a estas vinculadas, en el sentido establecido en el artículo 70.1, es decir, en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

- A diferencia de lo que es la regla general instaurada por el artículo 99.3, párrafo segundo, de la LCSP de que los contratos se han de dividir en lotes,

(1148) STS de 17 octubre 2011.

(1149) STS de 9 de abril de 2008.

(1150) Informe JCCA número 27/2011, de 15 de diciembre, y Resolución del TACRC número 203/2020, de 13 de febrero.



el artículo 13.3 dispone que los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiéndose por esta 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. En relación con el alcance del citado artículo, es preciso recordar que el «principio de unidad de obra» (1151), trata de evitar el fraude de ley resultante del fraccionamiento artificial del objeto de los contratos de obra, con la intención de alterar el régimen legal aplicable o de soslayar inadecuadamente los límites a que está sujeto el contrato, y de fortalecer la seguridad jurídica que debe presidir la Contratación Pública, en la que la integridad del objeto del contrato adquiere una relevancia capital para que aquel pueda cumplir su función propia.

No obstante, podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que estas 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 (1152). Este precepto, contempla dos posibles supuestos dentro del supuesto general de que se trate de partes de una obra completa que se contengan en un proyecto independiente, por un lado, que las obras sean susceptibles de utilización independiente para el uso general o el servicio público al que vayan dirigidas, cuestión que no causa extrañeza porque, en realidad, responden al mismo criterio que se establece para calificar una obra completa, y, por otro, que las obras puedan ser «sustancialmente definidas» (1153).

(1151) STS de 15 de febrero de 1984, tiene su reflejo en los artículos 13.3, que consagra de modo expreso el citado principio, 99.2, que proscribía el fraccionamiento de los contratos con la finalidad de disminuir la cuantía de los mismos y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, 118.3, en lo relativo a la alteración del valor del contrato para evitar la aplicación de umbrales aplicables a los contratos menores, y 101.4, que prohíbe que el cálculo del valor estimado del contrato se efectúe con la intención de sustraerlo a la aplicación de las normas de adjudicación previstas en la normativa.

(1152) Informe JCCPE número 31/2019 en el que, respecto al artículo 13.1, se plantea el siguiente tema competencial:

- Quién debe autorizar las excepciones: El que ha de concederla es el órgano de contratación.
- Quién puede informar sobre la existencia de una excepción: El órgano de contratación puede solicitar informe a quien considere pertinente. La existencia de una obra sustancialmente definida implica seguramente aspectos de tipo técnico y de corte jurídico. Nada impide que el órgano de contratación pueda solicitar uno o más informes al respecto.

(1153) Se trata de un concepto jurídico indeterminado que es preciso interpretar de acuerdo con su significado etimológico (Real Academia de la Lengua Española señala, como primera acepción del término «definir», la de «fijar con claridad, exactitud y precisión la naturaleza de una cosa», y respecto al significado de «sustancia» está referido a la esencia, al «conjunto de



Se podrán celebrar contratos de obras sin referirse a una obra completa en los supuestos previstos en el artículo 30.4 de la LCSP cuando la responsabilidad de la obra completa corresponda a la Administración por tratarse de un supuesto de ejecución de obras por la propia Administración Pública.

- En cuanto a la clasificación de las obras, es oportuno recordar lo ya señalado en esta obra en esta misma Parte, Epígrafe 2 «Tipología», Apartado A «Contratos administrativos “típicos”», a. «Contrato de obras», 3. «Clases de obras».
- En cuanto al valor estimado, el artículo 101.8 de la LCSP dispone que 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 (1154) es realizado por el órgano de contratación o por

características permanentes e invariables que constituyen la naturaleza de algo») y con el contexto del precepto (queda claro que una obra está completa cuando se encuentra fijada en los documentos rectores de la licitación con claridad, exactitud y precisión), de modo que una «obra sustancialmente definida» sería aquella que, siendo parte de una obra más amplia, tiene entidad por sí misma, está debidamente fijada en los documentos rectores de la licitación con claridad, exactitud y precisión (aunque sea parte de un todo), y constituye una unidad funcional propia.

(1154) 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 (artículo 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 PPTS, 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.



un tercero (1155) a través de la celebración de un contrato de servicios (1156), el contenido mínimo de los PCAPS y de prescripciones técnicas se encuentra establecido, respectivamente, en los artículos 67 y 68.1 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 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 contrato, a la que se ha hecho referencia ya en esta Parte de la obra, Epígrafe 2 «Tipología», Apartado A «Contratos administrativos “típicos”», b. «Contrato de concesión de obras», 1. «Concepto y objeto».

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, por su propia naturaleza, se preocupa del gasto público que será necesario invertir durante la vida útil de la infraestructura, es decir, tiene un alcance más extenso pues comprenderá

-
- 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.

(1155) 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».

(1156) 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 encarar el trabajo mediante un concurso. Véase, en relación con este sistema, lo señalado en los artículos 183 a 187 de la LCSP.



la 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, resulta obligada la remisión a lo ya señalado en esta Parte de la Obra, Epígrafe 2 «Tipología», Apartado B «Contratos administrativos “típicos”», c. «Contrato de concesión de servicios».

No obstante, conviene recordar, aunque sea someramente, las principales características que posee en aras a tenerlas muy en cuenta a la hora de diseñar la estrategia contractual que deberá plasmarse en la fase interna del contrato. La principal de ellas, el riesgo operacional que ha de asumir el contratista, junto con esta a tenor del artículo 285 de la LCSP, que los PCAPS y PPTS, dentro de las actuaciones preparatorias del contrato, deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:

- Al 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 competencia.
- A las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. En cuanto a la revisión de tarifas, los PCAPS deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II, del Título III, del Libro Primero.
- A 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.
- A los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores, pudiendo fijarse distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.3 de la LCSP, a los efectos de una posible cesión en los términos establecidos en el artículo 214.2.c) de la LCSP. Si no se acreditan, podrá reflejarse la resolución del contrato por causas imputables al empresario, a tenor del artículo 211.1.h) de la LCSP.
- A la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 214 de la LCSP, 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 cuándo 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.

En los casos en que la concesión de servicios se refiera a servicios públicos, lo señalado se realizará de acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio a que se refiere el artículo 284.2 de la LCSP.

La tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto. En los supuestos en que se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el TFUE.

En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente de contratación irá precedida, además, cuando proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248.1 de la LCSP, de 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.

4. Contrato de suministro

En relación con este contrato, resulta obligada la remisión a cuanto ya ha quedado reflejado en esta Parte de la obra, Epígrafe 2 «Tipología», Apartado B «Contratos administrativos “típicos”», d. «Contrato de suministros».

Por otro lado, señalar que las características especiales que posee este tipo de contrato se contemplan en relación al contrato de suministro fabricación, respecto del cual el artículo 299 de la LCSP dispone que se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente PCAPS, salvo las relativas a su publicidad y procedimiento de adjudicación que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro.

5. Contrato de servicios

Respecto a este contrato, resulta obligada la remisión a cuanto ya ha quedado reflejado en esta Parte de la obra, Epígrafe 2 «Tipología», Apartado B «Contratos administrativos “típicos”», e. «Contrato de servicios».

En este tipo de contrato, a la hora de diseñar la estrategia contractual que se ha de pormenorizar en el expediente de contratación, hay que atender a dos



cuestiones fundamentales, por un lado, a la diferenciación del mismo de los contratos de concesión de servicios, para lo cual se atenderá preferentemente, como ya se ha señalado en esta obra, a si se produce la asunción de un riesgo operacional por parte del contratista, y, por otro, a si se trata de servicios o prestaciones ordinarias o de servicios especiales a que se refieren los artículos 22.1.c), 135.5 y la disposición adicional trigésima sexta incluidos en el Anexo IV de la LCSP.

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.

El artículo 312 de la LCSP dispone que en los PCAPS 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 con 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 [artículo 294 c)], a la supresión del servicio por razones de interés público [artículo 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 [artículo 294 f)].

d) Pliegos de cláusulas administrativas

1. Concepto y naturaleza jurídica

Es un concepto generalmente admitido que, en los pliegos de cláusulas administrativas tanto generales como particulares, se han de incluir cuantos pactos y condiciones regulan los derechos y obligaciones que asumen las entidades contratantes, los licitadores y, en su caso, el contratista, de cara a la materialización tanto de la fase interna (preparación y adjudicación) como de la fase externa del contrato (efectos, cumplimiento y extinción). El artículo 122.2 de la LCSP se refiere a ello cuando señala que en los PCAPS se incluirán los «pactos y con-



diciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato», que conserva su carácter de legislación básica al no haber resultado afectado por la STC 68/2021, de 18 de marzo.

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 (1157) porque en ellos se plasma la «auténtica Ley del contrato» (1158). En relación con ello, es preciso insistir en que el órgano de contratación es libre, en el momento de elaborar los pliegos, para darle el contenido que considere oportuno (1159) siempre que no sea contrario a la ley, pero, una vez que los mismos han sido aprobados y se ha publicado la convocatoria de la licitación, se encuentra vinculado a ellos (1160), de modo que no podrá incluir alteraciones que puedan perjudicar a los licitadores, pues ello sería contrario a los principios rectores de la Contratación Pública que recoge el artículo 1.1 de la LCSP, especialmente al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (1161).

(1157) Documento Descriptivo, (artículo 174.1 de la LCSP, en relación con la Subsección 5.ª, de la Sección 2.ª, del Capítulo I, del Título I, del Libro II) en el procedimiento de Diálogo Competitivo (Recomendación JCCA, de 23 de julio de 2009), y Documento de Licitación, en los contratos basados en acuerdos marco en los que se invita a una nueva licitación a las empresas parte del mismo (artículo 221.4.b) y 5 de la LCSP).

(1158) Entre otros, Informes JCCA números 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 29/2000, de 30 de octubre, y 35/2004, de 8 de julio.

(1159) Resolución del TACRC número 345/2022, de 17 de marzo, en la que señala que la libertad de configuración del contrato por el órgano de contratación es una potestad discrecional, siempre que no se incurra en arbitrariedad como puede suceder, por ejemplo, cuando la determinación como criterios de adjudicación que no se corresponden con las prestaciones del contrato sino con las características de las empresas.

(1160) Resolución del TACRC número 1229/2017, de 29 de diciembre, citada en la resolución número 426/2020, de 19 de marzo, recuerda que los pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la «lex contractus», que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes. Así lo ha consagrado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de febrero de 1962, de 21 de noviembre de 1972, de 18 de marzo de 1974, de 21 de enero de 1994, de 6 de octubre de 1997, de 4 de noviembre de 1997, de 27 de febrero y de 27 de octubre de 2001, de 18 de mayo de 2005, y de 25 de junio de 2012), como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 16 de octubre de 1997 y de 8 de octubre de 2009) y del propio TACRC (Resoluciones números 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 1020/2016, 740/2017, entre otras muchas).

(1161) Resoluciones del TACRC números 2/2011, de 19 de enero, 122/2012, de 23 de mayo, y 69/2022, de 14 de enero, en la que condensa la doctrina del Tribunal sobre este tema y sobre la extralimitación en la reforma de los pliegos más allá de la mera rectificación de errores materiales.



En este sentido, el artículo 122.1 de la LCSP dispone que los pliegos solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético y, en otro caso, su modificación conllevará la retroacción de actuaciones. A ello hay que añadir que, aparte de lo señalado en caso de error, la regla general es que la vinculación de los pliegos solamente quiebra en los supuestos en los que adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho (1162), que habrán de ser objeto de interpretación estricta (1163), y que podrán apreciarse y declararse en cualquier momento posterior (1164). Por su parte, se resalta esta misma idea en el artículo 35.2 de la LCSP cuando, al tratar del contenido mínimo del contrato, se indica que «El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquellos».

Si bien es cierto que la Jurisprudencia (1165) no se cansa de repetir la expresión, un tanto metafórica, de 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 del ordenamiento jurídico que resulten aplicables a cada contrato (1166). De ello se deriva que en los pliegos no se puedan introducir cláusulas que se opongan a lo previsto en la normativa aplicable, bien por establecer limitaciones o ampliaciones no previstas en la misma. Así, por un lado, si los pliegos no recogen alguna de las prescripciones normativas que resultan de aplicación preceptiva, no puede interpretarse que, su consideración como «Ley del contrato», permita anteponer su aplicación a lo previsto en el ordenamiento jurídico en función del principio de libertad de pactos recogido en el artículo 34.1 de la LCSP (1167), y, por otro lado, que, si fuera de los supuestos de nulidad de pleno derecho, los pliegos recogen algún contenido que no se ajuste al ordenamiento jurídico, por el carácter vinculan-

(1162) Resolución del TACRC número 1047/2020, de 5 de octubre.

(1163) Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993, y STS de 14 de abril de 2010.

(1164) Entre otras muchas, SSTS de 28 de junio de 2004 y de 26 de diciembre de 2007, y Resoluciones del TACRC números 69/2012, 241/2012, 21/2013, 437/2013, 281/2014, y 830/2014.

(1165) 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.

(1166) 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.

(1167) Resolución del TACRC número 4/2011, de 19 de enero.

Su contenido deberá incluir, al menos y en principio (1172), los siguientes extremos derivados de las normas generales aplicables a la contratación del Sector Público:

- La justificación de la necesidad e idoneidad del contrato (artículo 28.1 de la LCSP).
- Los requisitos de capacidad y aptitud para contratar (capacidad de obrar, solvencia y, en su caso, clasificación del contratista, y ausencia de prohibiciones para contratar).
- La definición del objeto del contrato (1173).
- El cálculo del valor estimado.
- La duración del contrato.
- Las garantías que, en su caso, se decida motivadamente exigir.
- La fijación de los criterios objetivos de adjudicación.
- La inclusión de importe máximo de los gastos de publicidad que debe abonar el adjudicatario (1174) a tenor del artículo 75 del RGTRLCAP que dispone que, como excepción, a la regla de gratuidad y salvo que otra cosa se indique en el PCAPS, 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

ción, 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».

(1172) Con la salvedad que ha determinado la STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE número 97, de 23 de abril de 2021), por la que declara que el párrafo primero del artículo 122.2 de la LCSP no es conforme con el orden constitucional de competencias, salvo los incisos relativos a la necesidad de incluir «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato» y «En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos», en los términos del Fundamento Jurídico 7 A) d).

(1173) Resolución del TACRC número 221/2012, de 11 de octubre.

(1174) Artículo 67.2.g) del RGTRLCAP («Importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato a que se refiere el artículo 78.1 de la Ley, tanto en boletines oficiales, como, en su caso, en otros medios de difusión, que debe abonar el adjudicatario») 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.



La diferente calificación aboca a consecuencias bien distintas en lo tocante al procedimiento a seguir para su elaboración y modificación y en lo atinente a su eficacia. Tres han sido las direcciones en las que han ido los pronunciamientos sobre la naturaleza jurídica de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales:

- La primera considera que los pliegos son «condiciones o cláusulas tipo contractuales» cuya obligatoriedad no nace *ex lege* sino *ex contractu*, al amparo del principio de autonomía de la voluntad proclamado por el artículo 1255 del Código Civil y, en el ámbito administrativo, por el artículo 34 de la LCSP (1179).
- La segunda los califica de «auténticas normas jurídicas», bien estrictas bien singulares, es decir, no imperativas *ius cogens* sino en su mayor parte permisivas *ius dispositivum*.
- La tercera los considera «normas internas» de la Administración, obligatorias para los órganos de contratación y contractuales para los terceros contratistas.

Frente a estas posturas, como ya se ha adelantado, el Consejo de Estado ha venido afirmando tradicionalmente el carácter normativo de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales (1180), porque no los aprueba el órgano de contratación, como los PCAPS, sino el Consejo de Ministros, emanan de la Administración en virtud de una potestad normativa, y reúnen las características propias de las normas. Sin embargo, no son estrictamente reglamentos, sino «disposiciones especiales» o *sui generis*, incardinables en el concepto de «disposiciones administrativas» a que se refiere el artículo 128.2 de la LPACAP porque, por un lado, no son estrictamente reglamentos, ya que el artículo 121.1 señala que deberán ajustarse en su contenido a la LCSP y a sus disposiciones de desarrollo, y, por otro, porque la vinculación respecto a la Administración y al contratista surge de su propia naturaleza, es decir, se aplica a todos los contratos, es vinculante con independencia de que en el PCAPS se contenga una remisión al pliego general, siempre que no resulte válidamente modificado por el propio PCAPS, si bien ello solo es posible cuando estas sean informadas por la JCCPE (artículo 122.6 de la LCSP). Por tanto, se permite su derogación singular pero, a la vez, contienen previsiones necesarias, respecto de las cuales no juega la autonomía de la voluntad, y, fundamentalmente, previsiones dispositivas cuya obligatoriedad nace del consentimiento del adjudicatario a la hora de contratar y de su no exclusión por las cláusulas particulares.

(1179) Informes JCCA números 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 71/1999, de 11 de abril de 2000 y 22/2004, de 7 de junio.

(1180) Dictámenes números 2.216/1995, de 16 de noviembre, 2.701/1995, de 7 de diciembre, 3.202/1995, de 14 de marzo de 1996, 3.203/1995, de 14 de marzo de 1996, 560/1996, de 9 de mayo, 1.226/1996, de 20 de junio, 334/2002, de 11 de abril, 877/2017, de 12 de abril, en consonancia con las SSTS de 23 de abril y 25 de junio de 1910, ratificada en la de 4 de julio de 2002.

El artículo 121.2 de la LCSP añade que 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 (1181).

4. Pliegos de cláusulas administrativas particulares

En primer lugar, hay que señalar que el artículo 122.2 de la LCSP ha sido declarado parcialmente inconstitucional por la STC 68/2021, de 18 de marzo, respecto del punto de vista de las competencias reconocidas a las Comunidades Autónomas. Por dicha razón, a la hora de examinar los extremos que deberán contenerse en los PCAPS, habrá que distinguir entre requisitos que se aplicarán o no a todas las entidades contratantes del Sector público.

Dentro de los que se aplicarán a todas las entidades públicas contratantes, por mantener el carácter de legislación básica, se encontrarán los siguientes:

- Los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y, en el caso de contratos mixtos, el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.
- También podrán especificar si va a exigirse la transferencia 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.
- Además, a tenor del artículo 5. Cinco del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, los PCAPS deberán mencionar expresamente la obligación del futuro contratista de respetar la normativa vigente en materia de protección de datos, y, en los contratos en los que el contratista actúe como encargado de tratamiento tratando los datos personales por cuenta de la entidad contratante, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28.2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento

(1181) La disposición transitoria primera.6 de la LCSP dispone que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales que a la entrada en vigor de la presente Ley ya se encontraran aprobados por las Comunidades Autónomas, dispondrán de un plazo de seis meses para su adaptación a lo previsto en el apartado 2 del artículo 121. El día 9 de septiembre de 2018 ha finalizado el plazo previsto en la citada disposición transitoria primera para que las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local adaptaran los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales que, a 9 de marzo de 2018 fecha de entrada en vigor de dicha Ley, ya se encontraran aprobados.



de datos personales y la libre circulación de estos datos, deberá constar, como condiciones/obligaciones esenciales del contrato, causantes de resolución a los efectos de lo previsto en el artículo 211.1.f) de la LCSP, las siguientes:

- La finalidad para la cual se cederán dichos datos.
- La obligación del futuro contratista de someterse en todo caso a la normativa nacional y de la UE en materia de protección de datos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 202.1, último párrafo, de la LCSP.
- La obligación de la empresa adjudicataria de presentar antes de la formalización del contrato una declaración en la que ponga de manifiesto dónde van a estar ubicados los servidores y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos. Esta obligación conllevará la de comunicar cualquier cambio que se produzca a lo largo de la vida del contrato.
- La obligación de los licitadores de indicar en su oferta, si tienen previsto subcontratar los servidores o los servicios asociados a los mismos, 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.

Por el contrario, dentro de los extremos que han pasado a tener la consideración no básica, a tenor de lo previsto en el Fundamento Jurídico 7.A).d) de la citada STC 68/2021, se encontrarán los siguientes:

- 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 artículo 214.1 segundo párrafo de la LCSP.
- La obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación (1182).
- Las demás menciones requeridas por la LCSP y sus normas de desarrollo.

(1182) El PCAPS 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, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, 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 estos (artículo 130.6 de la LCSP).



En este sentido, el artículo 130.1 de la LCSP dispone que, cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio PCAPS, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida (1183).

5. Aclaraciones

El artículo 138.3 de la LCSP dispone que los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días naturales antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días naturales antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los PCAPS que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto.

En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de 6 días naturales a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días naturales a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios SARA siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido. En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el PCAPS, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.

Respecto a las citadas aclaraciones que los licitadores podrían solicitar al órgano de contratación respecto del contenido de los PCAPS y al carácter vinculante de las mismas, es preciso tener en cuenta lo siguiente (1184):

- Resulta necesario que, en el caso del contrato de concesión de obras, en los PCAPS se prevea expresamente dicha posibilidad, a tenor de lo previsto en el artículo 250.2 de la LCSP que dispone que, sin perjuicio del derecho de información a que se refiere el artículo 138, el órgano de contratación podrá incluir, en función de la naturaleza y complejidad, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Este plazo, como mínimo, deberá respetar lo establecido en el artículo 138.3 de la LCSP. Las

(1183) Resolución del TACRC número 861/2017, de 3 de octubre.

(1184) Resolución del TACRC número 191/2012, 12 de septiembre.

respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.

- Además, para hacer conciliable lo señalado en el párrafo anterior con el principio de transparencia, es preciso que se les hubiera dado publicidad en el perfil de contratante del órgano de contratación ya que, en este, a tenor del artículo 63.2 de la LCSP, se incluirá la información particular relativa a los contratos que celebre.

6. 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 (1185), y, en caso de que esto no fuera suficiente, de acuerdo con el Código Civil, cuyo artículo 1288 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 la oscuridad del pliego no puede favorecer los intereses de quien la haya ocasionado (1186).

En este sentido es menester recordar que, de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen la «auténtica Ley del contrato» (1187) 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 1281 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 (1188). El artículo 1282, 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 aquellos que sean coetáneos y posteriores al contrato (1189).

(1185) Informe JCCA número 2/2010, de 23 de julio.

(1186) STS de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en las SSTS de 2 noviembre de 1976, de 11 octubre y de 10 noviembre de 1977, de 6 febrero y de 22 junio de 1979, y de 13 abril y de 30 mayo de 1981.

(1187) Entre otros, Informes JCCA números 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 29/2000, de 30 de octubre, y 35/2004, de 8 de julio.

(1188) SSTS de 13 mayo de 1982, de 8 junio de 1984 y de 19 de marzo de 2001.

(1189) STS de 8 de julio de 2009.

Es preciso tener presente, muy especialmente en la interpretación de los contratos, el respeto de los principios rectores de la Contratación Pública que se manifiestan en la salvaguarda de las siguientes premisas:

- En primer lugar, los principios de igualdad de trato y de transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la exclusión de un operador económico del procedimiento de adjudicación de un contrato público a raíz del incumplimiento, por su parte, de una obligación que no resulta expresamente recogida en los documentos relativos a dicho procedimiento o en la ley nacional vigente, sino que se basa en una interpretación estos (1190).

Por tanto, la posible exclusión de un licitador ha de venir específicamente recogida en los documentos del contrato o en la normativa nacional aplicable (1191), lo que, *a sensu contrario* quiere decir que, si es así, el poder adjudicador no puede admitir ninguna rectificación del incumplimiento de dichas obligaciones (1192).

Ahora bien, en función de los principios de seguridad jurídica, de transparencia y de proporcionalidad, si, a pesar de estar dispuesto en la ley nacional y en los pliegos, en el formulario preestablecido se imposibilita la presentación de la oferta en dichos términos y en los pliegos se veta la posibilidad de presentar algún documento que no hubiese sido solicitado específicamente por el poder adjudicador, cabe concluir que el poder adjudicador podrá conceder al licitador la posibilidad de regularizar su situación y cumplir las obligaciones previstas por la normativa otorgándole al efecto un plazo suficiente.

- En segundo lugar, en defensa del principio de igualdad de trato, el órgano de contratación puede pedir aclaraciones sobre la oferta presentada, siempre que ello pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente sin afectar al secreto de las proposiciones ni al trato igualitario entre todos los licitadores. Una vez presentada la oferta, en principio, no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato, toda vez que en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones del pliego, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta de citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado

(1190) STJUE de 2 de mayo de 2019, con cita de la STJUE 2 de junio de 2016, *Pizzo*, C 27/15, apartado 51, y Auto de 10 de noviembre de 2016, *Spinosa Costruzioni Generali y Melfi*, C 162/16, no publicado, apartado 32.

(1191) Resolución del TACRC número 605/2020, de 14 de mayo.

(1192) Véanse, por analogía, las SSTJUE de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda*, C 42/13, apartados 46 y 48; de 2 de junio de 2016, *Pizzo*, C 27/15, apartado 49; y de 10 de noviembre de 2016, *Ciclat*, C 199/15, apartado 30.

confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos. Por ello ha de tratarse de aclaraciones simples que puedan disipar dicho riesgo, de modo que se han de evitar las aclaraciones suplementarias o que pretendan corregir errores materiales de redacción (1193).

- En tercer lugar, ligado a los principios de publicidad y de igualdad de trato (1194), el primer inciso del artículo 139.1 de la LCSP dispone que las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos y a la 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 (1195).

Este principio general de que la presentación de la oferta supone la aceptación incondicionada del pliego, se entiende referido tanto al pliego de condiciones como a los PPTS (1196), con una matización: El cumplimiento de los requisitos técnicos no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse *ab initio* que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento (1197) (por ejemplo, por deducir sin género de dudas que la descripción técnica del producto o servicio ofrecido no se corresponde con lo exigido en el pliego), en cuyo caso, sí que cabría la exclusión del licitador (1198).

De acuerdo con lo señalado, no resultarán admisibles situaciones como estas:

- que un licitador presente una «oferta bajo condición» cuando no se contempla expresamente en los PCAPS, puesto que ello supone un acontecimiento futuro e incierto conforme se define el artículo 1113 Código Civil y resulta radicalmente incompatible con la fuerza vinculante de los pliegos (1199), razón por la cual procedería la exclusión de dicha oferta (1200).

(1193) Resolución del TACRC número 21/2019, de 11 de enero, con cita de la resolución número 679/2016, de 9 de septiembre, que se fundamenta en la STJUE de 29 de marzo de 2012.

(1194) Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006.

(1195) Informe JCCA número 41/2006, de 30 de octubre.

(1196) Resolución del TACRC número 549/2015, de 12 de junio, citada en la resolución número 1205/2018, de 28 de diciembre.

(1197) Resolución del TACRC número 560/2015, de 12 de junio.

(1198) Resoluciones del TACRC números 219/2011, 90/2012, 91/2012, y 246/2012.

(1199) STS de 18 de mayo de 2005 y SAN de 16 de enero de 2003.

(1200) Resolución del TACRC número 1169/2019, de 30 de septiembre.



- que, a tenor del artículo 50.1 de la LCSP(1201), un licitador hubiera presentado su oferta pero posteriormente hubiera interpuesto recurso especial en materia de contratación. En este caso, una vez presentada la oferta debe inadmitirse cualquier alegación que suponga una discrepancia respecto de los pliegos, salvo que concurriera una causa de nulidad de pleno derecho(1202).
- En cuarto lugar, en función principalmente del principio de integridad(1203), el contrato que, en general se perfecciona con su formalización o excepcionalmente, a tenor del artículo 36.3 de la LCSP, con su adjudicación en el caso de los contratos basados en un acuerdo marco y de los contratos específicos celebrados en el marco de un sistema dinámico de adquisición, no debe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35.2 de la LCSP, incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquellos. De acuerdo con ello, 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 entre lo previsto en el contrato y lo dispuesto en los pliegos, la misma debe ser resuelta, en general, a favor de lo señalado en estos últimos.
- En quinto lugar, a tenor de los principios de publicidad, de seguridad jurídica, de transparencia y de concurrencia pública, en el caso de que pudiera existir alguna contradicción entre lo señalado en los pliegos y lo recogido en el anuncio de licitación(1204) ha de ser resuelta, como regla general, a favor de lo previsto en los pliegos(1205).

(1201) 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.

(1202) Resoluciones del TACRC número 1014/2020, de 28 de septiembre que cita las resoluciones números 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero. Resolución del OARC número 140/2017, en la que analiza que pasado el plazo para recurrir los pliegos solamente es posible atacar la validez de una cláusula de los mismos en el caso de que adoleciera de nulidad de pleno derecho. Sobre la preclusividad de los plazos véase la STJUE de 12 de diciembre de 2002, *Caso Universale-Bau AG* y otros contra *Entsorgungsbetriebe*.

(1203) Resolución del TACRC número 798/2018, de 14 de septiembre.

(1204) Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón número 107/2015, de 16 de diciembre, sobre la naturaleza de los anuncios de licitación.

(1205) Informe JCCA número 25/1987, de 22 de diciembre.

Ahora bien, hay que tener presente que, si 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, debería atenderse al plazo más amplio (1206).

A tenor de los citados principios rectores de la Contratación Pública y, en especial, en función del de seguridad jurídica, si las proposiciones de los licitadores no se hubiesen presentado de acuerdo con lo señalado en los pliegos, las mismas, en principio, habrían de ser rechazadas (1207).

En relación con dicho asunto, es preciso realizar una interpretación conjunta de los artículos 84 y 81.2 (1208) del RGTRLCAP, que a juicio de los autores de esta obra continúan vigentes en tanto no se opongan a lo previsto en la LCSP, y tener en cuenta que existe una tendencia general hacia la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación (1209), con el límite de que no llegue a alterar la oferta o proposición

(1206) STSJ de Navarra de 22 de abril de 2005, y Resolución del TACRC número 160/2012, de 30 de julio.

(1207) Informes JCCA 45/2006, de 30 de octubre, 51/2006, de 11 de diciembre, y 20/2007, de 26 de marzo.

(1208) De acuerdo con lo señalado, la doctrina sobre la posible subsanación de defectos observados en las proposiciones presentadas por los licitadores dispone que solamente puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado, es decir, no se puede subsanar lo que en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones no existe de manera indudable (Informes de la JCCA números 18/2010, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/2006, de 24 de marzo, 36/2004, de 7 de junio, 27/2004, de 7 de junio, 6/2000, de 11 de abril, 48/2002, de 28 de febrero de 2003, o 47/2009, de 1 de febrero de 2010). Partiendo de la citada doctrina, se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGTRLCAP, conforme al cual si la mesa observase 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 3 días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación (Resolución del TACRC número 974/2020, de 11 de septiembre, que se refiere a la Resolución número 297/2012, de 21 de diciembre, en base a la Resolución número 193/2012, con cita de la doctrina legal expresada en las SSTS de 23 de septiembre de 2011 y 16 de diciembre de 2004, entre otras). A tal fin, como criterio general orientativo y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables, que son defectos insubsanables los consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones (Resolución del TACRC número 1244/2019, de 4 de noviembre), y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos.

(1209) 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

presentada por los licitadores (1210) ya que ello, aparte de contravenir lo previsto en la normativa aplicable, supondría una manifiesta vulneración de los principios rectores de la Contratación Pública de transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (1211).

Como consecuencia de lo indicado, una interpretación «literalista» y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables (1212), es contrario a los principios que deben regir la Contratación Pública, que exigen que en los

Contratos Públicos de Aragón número 4/2011 de 14 de abril, y la Resolución del TACRC número 64/2012, de 7 de marzo. Será posible la subsanación cuando la oferta hubiese adolecido de errores de que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal (STJUE de 29 de marzo de 2012 alude concretamente a esta posibilidad a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta, y Resoluciones del TACRC números 164/2011 y 137/2017, citadas en las números 821/2018, 1343/2019 y 639/2022, en las que insiste en que la aclaración de la oferta no puede propiciar el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás, en el sentido de que diera lugar a que aquel, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada). Por ejemplo, en el caso de que el licitador no hubiera apartado los certificados que se requerían, pero sí otros diferentes (Resolución del TACRC número 288/2020, de 27 de febrero) siempre que se trate de documentos preexistentes que complementan, pero no alteran, la oferta presentada y cuya omisión puede ser subsanada en base al principio general de subsanación de los defectos y omisiones de la documentación aportada del artículo 81.2 del RGTRLCAP.

(1210) Resoluciones del TACRC números 90/2012 y 91/2012, de 11 de abril. Informes de la JCCA números 18/2010, de 24 de noviembre, con cita de los números 9/2006, de 24 de marzo, 27/2004 y 36/2004, de 7 de junio, y 47/2009, de 1 de febrero de 2010) y Resolución del TACRC número 1069/2019, con fundamento en las SSTs de 9 de julio de 2002, de 6 de julio de 2004, y de 25 de mayo de 2015, entre otras. También, son muy interesantes a juicio de los autores de esta obra, las recientes Resoluciones del TACRC números 946/2020, de 4 de septiembre, 756/2021, de 24 de junio, y 715/2022, de 16 de junio.

(1211) Resoluciones del TACRC números 164/2011, 64/2012, 29/2013, 35/2014, 876/2014, 1097/2015, 362/2016, 137/2017, y 1209/2018.

(1212) Será posible la subsanación cuando la oferta hubiese adolecido de errores de que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal (STJUE de 29 de marzo de 2012 alude concretamente a esta posibilidad a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta, y Resoluciones del TACRC números 164/2011 y 137/2017, citadas en las números 821/2018, 1343/2019 y 639/2022, en las que insiste en que la aclaración de la oferta no puede propiciar el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás, en el sentido de que diera lugar a que aquel, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada). Por ejemplo, en el caso de que el licitador no hubiera apartado los certificados que se requerían, pero sí otros diferentes (Resolución del TACRC número 288/2020, de 27 de febrero) siempre que se trate de documentos preexistentes que complementan, pero no alteran, la oferta presentada y cuya omisión puede ser subsanada en base al principio general de subsanación de los defectos y omisiones de la documentación aportada del artículo 81.2 del RGTRLCAP.

procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (1213).

Dicho esto, cabe distinguir las siguientes situaciones:

- Presentación de una oferta sin ajustarse a la diferenciación entre sobres o archivos electrónicos establecida en los pliegos: En estos supuestos, existe tal complejidad que la posible exclusión del licitador ha de pasar por el siguiente planteamiento metodológico (1214):

En primer lugar, ha de partirse del principio general, acorde con la aplicación de lo previsto en la LCSP y demás normativa reglamentaria, de que en este caso la exclusión del licitador no es un criterio absoluto, toda vez que no cualquier vicio procedimental genera la nulidad del acto de adjudicación sino solamente aquel que hubiera producido una indefensión real y no meramente formal (1215) y que hubiera menoscabado la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante el secreto de las proposiciones (1216).

En segundo lugar, lo señalado anteriormente obliga a realizar un análisis pormenorizado de las circunstancias concurrentes en cada caso: De este modo, en general, cualquier acto que implique el conocimiento de las características de la oferta antes de que se celebre el acto público de apertura, debe desencadenar la exclusión del licitador porque este, con su comportamiento, ha roto el secreto de las proposiciones (1217). Además, ha de tenerse presente que cuando el artículo 26 del Real Decreto 817/2009 se refiere al término «documentación» no se está fijando en el soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene pues esta la que puede, de algún modo, introducir el conocimiento anticipado de un elemento de juicio que debería ser valorado después de forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores (1218). Como consecuencia de lo señalado, hay que valorar caso a caso si ese adelanto en el conocimiento de la información, que generalmente de haber seguido lo señalado en los PCAPS no debería de haberse producido, es patente o no, es decir, si genera una influencia en el secreto debido de las proposiciones y en la objetividad de los órganos de

(1213) Resolución del TACRC número 64/2012.

(1214) Resolución del TACRC número 574/2019, de 23 de mayo.

(1215) Resolución del TACRC número 233/2011.

(1216) Dictamen del Consejo de Estado número 670/2013, de 11 de julio.

(1217) Por todas, Resolución del TACRC número 67/2012 de 14 de marzo.

(1218) Resolución del TACRC número 191/2011.

contratación que afecta o no al principio de igualdad entre licitadores. De este modo, si lo afecta, habrá que excluir dicha oferta, y si, por el contrario, no lo hace, habrá que admitirla (1219).

- Presentación de la oferta sin sujetarse al modo referido en los PCAPS en relación con los criterios de adjudicación: En estos casos, lo decisivo es atender a si, por el medio alternativo utilizado por el licitador, se amplió la información relativa a este criterio de valoración a través de un mecanismo no admitido por el pliego y que, por lo tanto, no pudo ser empleado por el resto de licitadores (1220). Tal circunstancia, de concurrir, supone una infracción de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP en cuanto al principio de igualdad (1221) y podría suponer una quiebra del secreto de las proposiciones del artículo 139.2 de la LCSP (1222).

Así, por ejemplo, en el caso de que se quisiese que fuese valorada la experiencia de los trabajadores, el hecho de que no se acreditara la misma no sería motivo suficiente para excluir la oferta porque la subsanación de esta, en principio, no añade o incorpora ningún elemento nuevo a la misma, sino, en todo caso, se limitaría a acreditar de forma efectiva los elementos que ya configuraban la proposición inicial (1223).

e) *Pliegos de prescripciones técnicas*

1. Introducción

El artículo 126.1 de la LCSP dispone que las prescripciones técnicas, fijadas en los PPTSG o en los PPTS, proporcionarán a los empresarios acceso en condi-

(1219) Resoluciones del TACRC números 191/2011 y 784/2018.

(1220) Resolución del TACRC número 1162/2020, de 30 de octubre, en la que se exigía en los pliegos que las ofertas habrían de presentarse de forma electrónica, en un sobre electrónico en el que se incluirían aquellos documentos acreditativos citados en un anexo que debería ajustarse al modelo y aportarse un proyecto técnico. En lugar de ello, el adjudicatario facilita un acceso a la «versión demo» de una aplicación ofertada mediante el usuario y contraseña que fue valorada en el informe técnico asumido por la mesa de contratación a la hora de puntuar las proposiciones. Finalmente, el Tribunal decreta la infracción del artículo 139.1 de la LCSP.

(1221) Resoluciones del TACRC números 866/2016, de 28 de octubre, en la que se indicaba que la vía de la remisión a unos anexos supondría y permitiría una descripción de la oferta mucho más extensa y detallada lo cual supondría un trato desigual, y 474/2019, de 30 de abril, en la que abordaba la importancia de asegurar las formalidades en la presentación de proposiciones.

(1222) STJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica.

(1223) Resolución del TACRC número 639/2020, de 21 de mayo.

ciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la Contratación Pública a la competencia (1224). Esta obstrucción se produce, básicamente, cuando se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan, o cuando los requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, que podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten (1225).

Puede afirmarse que, a través de los PPTS, el órgano de contratación efectúa las siguientes actividades:

- Realiza una descripción del objeto del contrato lo más completa posible, con la finalidad de que las empresas puedan decidir si están interesadas en el mismo,
- Contiene los términos en los que el poder adjudicador desea obligarse con el contratista, y
- Refleja las necesidades que se pretenden satisfacer mediante la celebración del contrato (1226).

Lo ya señalado, respecto al primer inciso del artículo 139.1 de la LCSP que dispone que las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos y a la 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, resulta aplicable tanto al pliego

(1224) Resolución del TACRC número 724/2022, de 16 de junio, en la que señala que no resulta adecuada, por ser excesivamente genérica, la siguiente cláusula de los PPTS «Para la ejecución de las tareas objeto de este contrato se utilizarán las aplicaciones informáticas que tiene instaladas y licenciadas el Ayuntamiento para la gestión integral de sus ingresos, así como del resto de aplicaciones necesarias. Correrán a cargo de adjudicatario los gastos de cualquier instalación implantación o actualización necesaria en este software que se estime necesaria para que el adjudicatario dé a la ciudadanía un correcto, eficaz y fiable servicio al ciudadano, tratamiento y control de la información. Será a cargo de la empresa la formación de su personal necesaria para el óptimo manejo de la aplicación. Si se produjese una actualización o cambio de la aplicación de gestión, la formación también correría a cargo de la empresa adjudicataria», porque la falta de definición del software a emplear, y de las condiciones en las que tal software ha sido cedido al órgano de contratación vulnera el principio de libre concurrencia al impedir a los licitadores la adecuada formulación de su oferta y ofrecer al prestador actual del servicio una ventaja competitiva ilegítima.

(1225) Resolución del OARC número 116/2014.

(1226) Resolución del OARC número 134/2018.

de cláusulas administrativas como a los PPTSG o a los PPTS(1227), pero es preciso tener presente la siguiente matización: El cumplimiento de los requisitos técnicos no puede ser, en principio, causa de exclusión del licitador, pues tales prescripciones deben ser verificadas en fase de ejecución del contrato y no puede presuponerse *ab initio* que dicho incumplimiento se vaya a producir, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, sin género de dudas, que efectivamente se va a producir tal incumplimiento (1228), en cuyo caso, sí que cabría la exclusión del licitador(1229). Sin embargo, debe aplicarse de manera que no suponga obstáculos indebidos a los principios rectores que guían la Contratación Pública recogidos en el artículo 1 de la LCSP(1230), de modo que no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente la exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato(1231). Si, además, se observase que el requisito técnico no es objeto de valoración, cabe concluir que cualquier cuestión dudosa que se planteara en relación al cumplimiento de los PPTSG o PPTS debería resolverse, previa petición de aclaración, de manera específica en relación con la exigencia técnica requerida(1232).

A juicio de los autores de esta obra, sorprende, por lo ya indicado, que algunos órganos de contratación no presten la atención debida a la naturaleza de los PPTS, ya que, en ocasiones, se limitan a hacer una mera referencia a la idea genérica de que en dichos pliegos se han de recoger las características de los bienes o prestaciones a facilitar a un Poder Adjudicador Administración Pública, y al fomento de la igualdad de trato de los productos y servicios entre proveedores extranjeros y nacionales(1233).

(1227) Resolución del TACRC número 549/2015, de 12 de junio, citada en la resolución número 1205/2018, de 28 de diciembre.

(1228) Resolución del TACRC número 560/2015, de 12 de junio.

(1229) Resoluciones números 91/2012, 90/2012, 219/2011, y 246/2012.

(1230) Resoluciones del TACRC números 675/2018 y 1123/2018.

(1231) Resolución del TACRC número 815/2014, de 31 de octubre.

(1232) Resolución del TACRC número 171/2020, de 6 de febrero.

(1233) 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/CE, 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

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 con las prescripciones técnicas, son cuestiones tales como las que a continuación se señalan:

- Los PPTSG o los PPTS se diferencian de los pliegos de cláusulas administrativas en que, mientras estos últimos se refieren a la fase de admisión y selección de los licitadores, en los primeros se regula la ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato (1234).

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 (1235).

- 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 asumen las partes en virtud de la celebración del contrato (1236), tales como, régimen de pagos, indemnizaciones en caso de incumplimiento o documentación técnica que como solvencia profesional debe aportar por las empresas (1237).

su descripción en normas internacionales reconocidas, o en códigos de construcción. Resolución del TACRC número 229/2012, de 24 de octubre.

(1234) STSJ Cantabria 18 de marzo de 1998 y la Resolución del TACRC número 183/2011, de 13 de julio.

(1235) Resoluciones del TACRC números 167/2011, de 22 de junio, 200/2011, de 7 de septiembre, y 1034/2017, de 10 de noviembre.

(1236) Resolución del TACRC número 249/2012, de 7 de noviembre. El artículo 68.3 del RGTRLCAP dispone que «En ningún caso contendrán estos pliegos declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares». 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.

(1237) 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 incum-

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, ampliados los pliegos de cláusulas administrativas con esas prescripciones indebidamente incluidas en los PPTS (1238).

- 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 trata de un producto elaborado por una empresa en el cual conste la marca correspondiente, aunque se utilice para ello piezas usadas, mientras que, 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 alcance de dicha expresión, debe insistirse en que el órgano de contratación debe entrar a fijarlo en los pliegos, a la vista del silencio que específicamente guarda la LCSP como también hacía el TRLCSP, ya que, de lo contrario, resultará harto difícil poder hacerlo y cumplir su función de ser la referencia a las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, tal y como disponen los artículos 124 de la LCSP y 68.1 a) del RGTRLCAP. Si estos guardaran silencio, habría que entrar en un entorno de inseguridad jurídica al tratar de analizar, caso a caso, la resolución que debería dictarse en torno a la posible exclusión de dicha oferta del proceso de contratación (1239).

- A la hora de determinar los PPTS en la fase interna del contrato, se ha de tener especialmente presente la Orden PCM/735/2021, de 9 de julio, por la que se aprueba la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas (1240), que tiene por objeto cumplir el mandato legal contenido en el artículo 15 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, estableciendo, por lo que a la LCSP compete, en el Apartado 9.7 dentro de la Meta Estratégica 6 «Incorporar de forma efectiva la Infraestructura Verde, la mejora de la conectividad ecológica y la restauración ecológica en las políticas sectoriales, especialmente en cuanto a la ordenación territorial y la ordenación del espacio marítimo y la evaluación ambiental», Línea de actuación 6.11 «Integrar la Infraestructura Verde en

plimiento o la documentación técnica a aportar por las empresas, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 68.3 del RGTRLCAP».

(1238) Resolución del TACRC número 130/2011, de 27 de abril.

(1239) Resolución del TACRC número 155/2011, de 8 de junio.

(1240) BOE número 166, de 13 de julio, con entrada en vigor a partir del 14 de julio de 2021.



todas las fases del procedimiento de Evaluación Ambiental de planes, programas y proyectos», Punto 5, «Integrar en los pliegos de prescripciones técnicas particulares de las licitaciones del sector público referidas a actividades que puedan modificar el territorio y que estén sometidas a Evaluación Ambiental, la obligación de incluir en el inventario ambiental, tanto el análisis de la IV como los procesos e interacciones ecológicas o ambientales clave, principalmente aquellas relacionadas con la conectividad y con los servicios de los ecosistemas. En el caso de que la actividad no se contemplara en los supuestos anteriores, y tampoco puedan afectar de forma directa o indirecta a elementos de la Red Natura 2000, se sugiere que se incluya una cláusula ambiental al amparo del apartado 2 del Artículo 202 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden), donde se mencione expresamente que se deberá realizar un análisis de la Infraestructura Verde, así como de los procesos e interacciones ecológicas o ambientales clave, proponiendo las medidas necesarias para su mantenimiento o la mitigación de los efectos negativos basadas en la metodología de la restauración ecológica».

2. Pliego de prescripciones técnicas generales

El artículo 123 de la LCSP dispone que previo informe de la JCCPE, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente, podrá establecer los PPTSG 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.

El artículo 188 de la LCSP establece que los efectos de los contratos administrativos se registrarán por las normas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 25 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, o documento descriptivo que sustituya a estos.

El artículo 68.2 del RGTRLCAP dispone que en los contratos de obras, a los efectos de regular su ejecución, el PPTS deberá consignar, expresamente o por referencia a los PPTSG u otras normas técnicas que resulten de aplicación, las características que hayan de reunir los materiales a emplear, especificando la procedencia de los materiales naturales, cuando esta defina una característica de los mismos, y ensayos a que deben someterse para comprobación de las condiciones que han de cumplir; las normas para elaboración de las distintas unidades de obra, las instalaciones que hayan de exigirse y las medidas de seguridad y salud comprendidas en el correspondiente estudio a adoptar durante la ejecución del contrato. Igualmente, detallará las formas de medición y valoración de las distintas unidades de obra y las de abono de las partidas alzadas, y especificará las normas y pruebas previstas para la recepción.



3. Pliego de prescripciones técnicas particulares

El artículo 124 de la LCSP dispone que el órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto (1241) o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, 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, sus condiciones sociales y ambientales, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la LCSP, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.

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 y por los PPTS porque en ellos se plasma la «auténtica Ley del contrato». El órgano de contratación es libre para darles el contenido que considere oportuno pero, una vez que los mismos han sido aprobados y se ha publicado la convocatoria de la licitación, se encuentra vinculado a ellos (1242), de modo que no podrá incluir modificaciones que puedan perjudicar a algunos de los licitadores, pues ello sería contrario a los principios rectores de la Contratación Pública que recoge el artículo 1 de la LCSP, especialmente al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (1243).

(1241) 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».

(1242) Resolución del TACRC número 1229/2017, de 29 de diciembre, citada en la reciente número 426/2020, de 19 de marzo, recuerda que los pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la *lex contractus*, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes. Así lo ha consagrado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS, entre otras muchas, de 28 de febrero de 1962, de 21 de noviembre de 1972, de 18 de marzo de 1974, de 21 de enero de 1994, de 6 de octubre de 1997, de 4 de noviembre de 1997, de 27 de febrero de 2001, de 27 de octubre de 2001, de 18 de mayo de 2005, y de 25 de junio de 2012), como la doctrina legal del Consejo de Estado (Dictámenes de 16 de octubre de 1997 y de 8 de octubre de 2009) y, en fin, la del propio TACRC (Resoluciones números 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 1020/2016, 740/2017, entre otras muchas).

(1243) Resoluciones del TACRC números 2/2011, de 19 de enero, y 122/2012, de 23 de mayo.



Como se ha señalado, el artículo 124 de la LCSP dispone que los pliegos solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético y, en otro caso, su modificación conllevará la retroacción de actuaciones. A ello hay que añadir que, aparte de lo señalado, la regla general es que la vinculación de los pliegos solamente quiebra en los supuestos en los que adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho (1244), que habrán de ser objeto de interpretación estricta (1245), y que pueden apreciarse y declararse en cualquier momento (1246).

4. Facultad de determinación

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 de reunir el objeto contractual (1247). 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 (1248), 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 este no estuviera contemplado en los pliegos (1249).

No obstante, la concreción de los requisitos técnicos deberá motivarse suficientemente, ya que el criterio de la «razonabilidad del criterio técnico» (1250) puede no resultar suficiente por sí mismo para acreditar el cumplimiento de los principios con-

(1244) Resolución del TACRC número 123/2019, de 18 de febrero, en la que entra a considerar la nulidad en base a que la discrecionalidad técnica del órgano de contratación se separa de lo previsto específicamente en los PPTS pues el informe técnico, sobre el diámetro de los neumáticos y el sistema de sustitución del impinchable, no aparecen en el mismo. Resolución del TACRC número 1047/2020, de 5 de octubre.

(1245) Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993, y STS de 14 de abril de 2010.

(1246) SSTS de 28 de junio de 2004 y de 26 de diciembre de 2007, y Resoluciones del TACRC números 69/2012, 241/2012, 21/2013, 437/2013, 281/2014, y 830/2014.

(1247) Resoluciones del TACRC números 83/2012, de 30 de marzo, y 1147/2017, de 1 de diciembre.

(1248) Resolución del TACRC número 200/2011, de 7 de septiembre.

(1249) Resolución del TACRC número 193/2012, de 12 de septiembre.

(1250) STS de 24 de enero de 2014. En relación con el principio de «razonabilidad del criterio técnico», Resolución del TACRC número 107/2011, de 15 de abril, en relación con un contrato celebrado por LA Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) relativo al suministro de un helicóptero de gran porte destinado al salvamento marítimo y lucha contra la contaminación en el mar.

tenidos en la LCSP, razón por la cual, en todo caso, se ha de reflejar en los pliegos la expresión «o equivalente»(1251), como más adelante se analizará(1252).

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.

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 el artículo 215 de la LCSP, en los pliegos y en el contrato(1253).

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(1254), que se consideran los únicos destinatarios de algunas normas que realizan referencias genéricas al «técnico competente», al «técnico responsable» o al «técnico superior competente»(1255).

(1251) 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 fisiosanitarios, abonos y semillas para los Centros Militares de Cría Caballar de Écija y Jerez de la Frontera, porque se habían descrito dos de sus lotes por referencia a 2 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 de la legislación contractual aplicable, puesto que se exigió el suministros de un producto de un fabricante determinado sin incluir la mención «o equivalente», lo que supuso una infracción del principio de igualdad y no discriminación, así como de las reglas de libre concurrencia. Resolución del TACRC número 900/2014, de 5 de diciembre, en relación con la inadecuación de exigir al personal del equipo de trabajo experiencia en la utilización de determinado programa de gestión documental «TECHLIB», debiendo admitirse experiencia en herramientas «equivalentes».

(1252) Resolución del TACRC número 203/2022, de 10 de febrero, en la que señala la improcedencia de incluir en un contrato unas especificaciones técnicas de unas máquinas que coinciden, sin más y exactamente, con las correspondientes a una determinada marca y modelo.

(1253) 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.

(1254) Resoluciones del TACRC números 84/2011, de 23 de marzo, y 193/2011, de 27 de julio.

(1255) Por ejemplo, en el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.



En relación con dicha cuestión, la Jurisprudencia ha acuñado estas 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 (1256), de forma que la reserva en exclusiva a un determinado profesional titulado con exclusión del resto debe interpretarse restrictivamente (1257).

La razón de dicho planteamiento viene motivada porque frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de «libertad con idoneidad» (1258), ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, estas 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 (1259).

Dicho principio de «libertad con idoneidad» resulta coherente, además, con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (1260), debiendo dejarse abierta, como ya se ha apuntado, la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar (1261).

- 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 (1262).

(1256) SSTS de 24 de marzo de 2006, de 10 de abril de 2006, de 16 de abril de 2007, de 16 de octubre de 2007, de 7 de abril de 2008, de 10 de noviembre de 2008, de 22 de abril de 2009, de 3 de diciembre de 2010, y de 19 de enero de 2012.

(1257) SSTS de 24 de marzo de 2006, de 10 de abril de 2006, de 16 de abril de 2007, de 16 de octubre de 2007, de 7 de abril de 2008, de 10 de noviembre de 2008, de 22 de abril de 2009, y de 20 de febrero de 2012. Resolución del TACRC número 1872/2021, de 22 de diciembre, en la que indica que es improcedente fijar una solvencia técnica exigiendo la adscripción de ingenieros al equipo para el cumplimiento de funciones cuando pueden ser normativamente asumidas por otro perfil profesional.

(1258) Por todas, SSTS de 21 de octubre de 1987, de 27 de mayo de 1998, o de 20 de febrero de 2012.

(1259) STS de 27 de mayo de 1981, y de 10 de abril de 2006.

(1260) SSTJUE de 20 de septiembre de 1988, y de 16 de septiembre de 1999.

(1261) STS de 10 de julio de 2007.

(1262) STS de 15 de octubre de 1990.



sulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite pero siempre 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, y que, en ningún caso, las consultas realizadas puedan comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquellas (1265).

Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la PCSP o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la consulta, cuándo se iniciara esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo, en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados.

El asesoramiento será utilizado por el órgano de contratación para planificar el procedimiento de licitación y, también, 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.

El resultado de los estudios y consultas debe, en su caso, concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos.

El órgano de contratación haya realizado las consultas hará constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe estará motivado, formará parte del expediente de contratación, y estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación.

En relación con este Informe sobre las actuaciones realizadas, en el Informe Anual de Supervisión de la Contratación Pública 2021 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, en el Módulo II sobre «La fase preparatoria del contrato» se concluye que, mayoritariamente (61 por ciento), cuando se lleva cabo una consulta preliminar de mercado del artículo 115 de la LCSP, no se incorporan los informes de conclusiones o resultados al expediente de contratación, en contra de los principios de transparencia e igualdad de trato.

En ningún caso durante el proceso de consultas el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo las mismas solo conocidas íntegramente por aquel.

(1265) Resoluciones del TACRC números 34/2010, de 23 de diciembre, y 139/2012, de 20 de junio.



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.

En tal supuesto, el artículo 41 de la Directiva 2014/24/UE, relativo a la «Participación previa de candidatos o licitadores», dispone que cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto de este artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia, es decir, no plantea en principio la exclusión, sino la adopción de otras «medidas», con las debidas cautelas, tales como, la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. De este modo, el candidato o el licitador solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato, para lo cual se le dará la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia. En esta línea, el artículo 70 de la LCSP dispone que, primariamente, se tomen las medidas adecuadas para que no se falsee la competencia entre licitadores.

Por tanto, la medida consistente en la exclusión del candidato o licitador ha de ser la última a adoptar, en caso de que no haya otro modo de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato (1266). A tal fin, las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, podrán ser excluidas de las licitaciones, previo el correspondiente trámite de audiencia, cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento de dicho principio.

No obstante, dicha exclusión sí se producirá siempre que se trate de contratos adjudicados 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 (1267).

(1266) Resolución del TACRC número 1176/2019, de 21 de octubre.

(1267) Resolución del TACRC número 203/2020, de 13 de febrero.



8. Criterios para su determinación

Las especificaciones técnicas se han de formular teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- De accesibilidad universal y de diseño para todos:

El artículo 126.3 de la LCSP dispone que para toda contratación 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 (1268).

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

Sin perjuicio de lo anterior, 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. La STC 68/2021, de 18 de marzo, declara que el apartado 1 no es conforme con el orden constitucional de competencias, en los términos del fundamento jurídico 7 A) e) (1269).

(1268) 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. Resolución del TACRC número 144/2011, de 25 de mayo.

(1269) El Tribunal entiende que el carácter básico de este precepto no encuentra justificación, en contra de lo que sostiene la Abogacía del Estado, en ser una transposición exacta de las definiciones uniformes del Anexo II de la Directiva 2014/24/UE. La regulación del artículo 125.1 LCSP contiene prescripciones de naturaleza formal, relativas a las características técnicas de materiales, productos o servicios, procedimientos de elaboración, utilización y diseño, instrucciones de uso..., que difícilmente pueden ser consideradas como básicas. Una regulación de esta naturaleza solo muy indirectamente guarda conexión con los principios generales del régimen básico en materia de Contratación Pública [STC 41/1993, FFJJ 5 y 6 e)]. Por ello, el artículo 125.1 LCSP es

- De sostenibilidad y protección ambiental (1270), a tenor del artículo 126.4 de la LCSP, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente (1271).

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 (1272), y el «Plan de Contratación Pública Ecológica» de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gesto-

contrario al orden constitucional de competencias. Esta declaración no implica su nulidad, puesto que solamente será aplicable a los contratos suscritos por la Administración General del Estado y las entidades a ella vinculadas [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]

(1270) 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.

(1271) Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación.

(1272) 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.
6. Equipos de oficina: Etiqueta *Energy Star* (31 de diciembre de 2010, ordenadores personales de sobremesa y portátiles, monitores, fotocopiadoras, impresoras y equipos multifuncionales de 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).
7. Consumo papel (Período 2008-2010 estabilización en relación al año 2006 y en el Período 2010-2015 reducción del 20 por ciento).
8. 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).



ras de la Seguridad Social (2018-2025) (1273), en virtud del cual «Se entiende por contratación pública ecológica el proceso a través del cual las autoridades adquieren bienes, obras y servicios con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otros bienes, obras y servicios con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar».

Además, conviene recordar que, desde el 18 de septiembre de 2014 (1274), los órganos de contratación de un Poder Adjudicador Administración Pública 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 un Poder Adjudicador Administración Pública solamente estarían obligados a implementar los criterios de alto rendimiento energético cuando los contratos fueran SARA (1275). 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

9. 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).

10. Mobiliario (desde vigencia del Plan como criterio de adjudicación a través del proyecto de eco-etiqueta europea y justificación gestión forestal sostenible).

11. 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).

12. Eventos: Aumento del uso del transporte público o colectivo, y minimización y correcta gestión de residuos.

(1273) El seguimiento del «Plan de Contratación Verde» de 2008, se ha llevado a cabo mediante la elaboración de dos informes, en 2011 y 2015. La Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública, creada por Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, informó del Plan en su reunión de 13 de noviembre de 2018 y remitió el Plan a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, que informó en su reunión del día 5 de diciembre de 2018. Finalmente, se aprobó la Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025).

(1274) Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.

(1275) 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.



entiende que la obligatoriedad de la implementación de dichos criterios resulta aplicable a cualquier contrato, sea o no SARA (1276).

En esta línea se mueve la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (1277) que, sin distinguir entre contra-

(1276) 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/CE).
- 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/CE 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) número 1222/2009 del Parlamento 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.

(1277) BOE número 85, de 9 de abril, con entrada en vigor el 10 de abril de 2022, salvo en lo previsto en el Título VII sobre Medidas fiscales para incentivar la economía circular, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023. En los Anexos de dicha Ley se recogen los siguientes aspectos:

Anexo V: Ejemplos de instrumentos económicos y otras medidas para incentivar la aplicación de la jerarquía de residuos a que se refiere el artículo 8, apartado 2: Punto 7 «Contratación



tos SARA y No SARA, dispone en el artículo 16.2 que «Las administraciones públicas incluirán, en el marco de contratación de las compras públicas, el uso de productos de alta durabilidad, reutilizables, reparables o de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, o subproductos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas. En este sentido, se fomentará la compra de productos con la etiqueta ecológica de la Unión Europea según el Reglamento (CE) núm. 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE. Este apartado se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en 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».

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 UE, el artículo 126.5 a 8 de la LCSP establece que se fijarán en los PPTS por referencia a cualquiera de los siguientes procedimientos:

- 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.

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

pública sostenible para incentivar una mejor gestión de los residuos y el uso de productos y materiales, reutilizados, preparados para la reutilización y reciclados, así como la reparación de los productos».

Anexo VI: Ejemplos de medidas de prevención de residuos contempladas en el artículo 14, Medidas que pueden afectar a la fase de consumo y uso: Punto 15 «Incorporación de criterios medioambientales y de prevención de la generación de residuos en las compras del sector público y de las empresas. En relación con las compras del sector público, los mencionados criterios podrán integrarse en los pliegos o documentación contractual de carácter complementario, como criterios de selección o, en su caso, de adjudicación, de acuerdo con el Manual sobre la contratación pública con criterios medioambientales publicado por la Comisión el 29 de octubre de 2004, con el Plan de Contratación Pública Ecológica 2018-2025, y de conformidad con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», y Punto 17 «Acuerdos con el sector de la hostelería y la restauración, tales como el fomento de la utilización de envases reutilizables y del ofrecimiento a clientes de los excedentes de su comida no consumida, la integración de criterios ambientales y de prevención de residuos en la contratación de materiales y servicios».



nacional que transponga una norma europea, a una evaluación técnica europea (1278), 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 y los informes de pruebas, certificación y otros medios (informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba, citados en el artículo 128 de la LCSP), que la obra, el suministro o el servicio reúne los requisitos establecidos por el órgano de contratación.

- De acuerdo con el siguiente orden de prelación, para determinadas características y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales, 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, normas nacionales, documentos de idoneidad técnica nacionales o 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 del artículo 128 de la LCSP, 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 (1279), las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o

(1278) El artículo 126.7 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».

(1279) Resolución del TACRC número 102/2012, de 9 de mayo.

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 (1280). 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 siempre acompañada de la mención «o equivalente» (1281).

En relación con lo señalado, a juicio de los autores de esta obra, es preciso recordar que, aparte de lo ya indicado en esta obra comentando el artículo 139 de la LCSP, existe una presunción *iuris tantum* de que los licitadores ajustan sus proposiciones a los pliegos que rigen la licitación. Dicha presunción, aplicable al tema de los requisitos técnicos previstos en el pliego, conlleva que las proposiciones no tienen que recoger, expresa y exhaustivamente, todas y cada una de las prescripciones técnicas, sino, exclusivamente, aquellas que sean necesarias para que la mesa o el órgano asesor del órgano de contratación puedan valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato: En consecuencia, solamente procederá la exclusión de un licitador cuando o bien el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, o bien se deduzca, a través de ele-

(1280) Resolución del TACRC número 542/2019, de 16 de mayo, en la que matiza la impropiedad de denominar un determinado producto por su nombre comercial más extendido, pues ello implica que solo se vayan a aceptar equipos con esa denominación. Efectivamente, aunque puede ser habitual en el lenguaje coloquial llamar a un determinado producto por el nombre comercial de aquel que se halle más extendido, sin embargo, a la hora de definir las características que debe reunir un determinado equipo o una determinada prestación, no puede admitirse semejante confusión, ya que es evidente que puede generar un indeseable efecto de restricción de la competencia. Resulta necesario por ello subsanar la referencia al citado sistema, sustituyéndola por otra que asegure al licitador la posibilidad de presentar equipos que dispongan de otros sistemas equivalentes al sistema requerido.

(1281) 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 con 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 estas 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».



con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes:

- Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se refieran 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.
- Que las referencias a las etiquetas no restrinjan la innovación.
- Que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta se basen en criterios verificables objetivamente y que no resulten discriminatorios.
- 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.
- Que las etiquetas sean accesibles a todas las partes interesadas.
- 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.

Cuando una etiqueta cumpla las últimas cuatro condiciones, que se corresponden con las previstas en el apartado 2, b), c), d) y e) del citado artículo 127, pero establezca requisitos no vinculados al objeto del contrato, los órganos de contratación no exigirán la etiqueta como tal, pero, en sustitución de esta, podrán definir las prescripciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas de esa etiqueta o, en su caso, a partes de esta, que estén vinculadas al objeto del contrato y sean adecuadas para definir las características de dicho objeto.

El artículo 127.3 de la LCSP dispone que los órganos de contratación que exijan una etiqueta específica 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. En este sentido, aceptará otros medios adecuados de prueba, incluidos los mencionados en el artículo 128, que demuestren que las obras, suministros o servicios que ha de prestar el futuro contratista cumplen los requisitos de la etiqueta específica exigida (1286).

(1286) Resolución del OARC número 97/2013, sobre la posibilidad de que en los PPTS se exijan determinados certificados medioambientales (*Ángel azul (Der Blaue Engel)* o *Landes-gewerbeanstalt Bayern*), señala que los poderes adjudicadores se hallan facultados para definir las prescripciones técnicas conforme a las prescripciones detalladas en una etiqueta ecológica, pero no pueden exigir una etiqueta ecológica concreta.

El artículo 127.4 de la LCSP establece que cuando los órganos de contratación no requieran en los pliegos que las obras, suministros o servicios cumplan todos los requisitos exigidos para la obtención de una etiqueta, indicarán a cuáles de dichos requisitos se está haciendo referencia.

El artículo 127.5 de la LCSP dispone que 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 pliegos las características y requisitos que desea imponer y cuyo cumplimiento la etiqueta específica exigida pretende probar.

El artículo 127.2 de la LCSP establece que la carga de la prueba de la equivalencia recaerá, en todo caso, en el candidato o licitador.

La Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (1287) dispone en el artículo 16.2 que «Las administraciones públicas incluirán, en el marco de contratación de las compras públicas, el uso de productos de alta durabilidad, reutilizables, reparables o de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, o subproductos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas. En este sentido, se fomentará la compra de productos con la etiqueta ecológica de la Unión Europea según el Reglamento (CE) núm. 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la etiqueta ecológica de la UE. Este apartado se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en 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».

11. Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba

El artículo 128.1 de la LCSP dispone 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» (1288) 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 especiales de ejecución del contrato.

(1287) BOE número 85, de 9 de abril, con entrada en vigor el 10 de abril de 2022, salvo en lo previsto en el Título VII sobre Medidas fiscales para incentivar la economía circular, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

(1288) 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) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo».

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 esa misma naturaleza que sean equivalentes también deberán ser aceptados por aquellos.

El artículo 128.2 de la LCSP dispone que 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 este sirva para demostrar que las obras, suministros o servicios que proporcionará cumplen con las prescripciones técnicas, los criterios de adjudicación o las condiciones especiales de ejecución del contrato, según el caso.

f) Condiciones especiales de ejecución contractual

1. Planteamiento general

El primer inciso del artículo 1.3 de la LCSP, como ya se ha expuesto en esta obra, dispone que en toda Contratación Pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales (1289) y medioambientales (1290) siempre

(1289) 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.

(1290) Orden PCM/735/2021, de 9 de julio, por la que se aprueba la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas (BOE número 166, de 13 de julio, con entrada en vigor a partir del 14 de julio de 2021), tiene por objeto cumplir el mandato legal contenido en el artículo 15 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, estableciendo, por lo que a la LCSP compete en el apartado 9.7 dentro de la Meta Estratégica 6, lo siguiente:

«Incorporar de forma efectiva la Infraestructura Verde, la mejora de la conectividad ecológica y la restauración ecológica en las políticas sectoriales, especialmente en cuanto a la ordenación territorial y la ordenación del espacio marítimo y la evaluación Ecológica», Línea de actuación 6.11 «Integrar la Infraestructura Verde en todas las fases del procedimiento de Evaluación Ambiental de planes, programas y proyectos», Punto 5 lo siguiente: «Integrar en los pliegos de prescripciones técnicas particulares de las licitaciones del sector público referidas a actividades que puedan modificar el territorio y que estén sometidas a Evaluación Ambiental, la obligación de incluir en el inventario ambiental, tanto el análisis de la IV como los procesos e interacciones ecológicas o ambientales clave, principalmente aquellas relacionadas con la conectividad y con los servicios de los ecosistemas. En el caso de que la actividad no se contemplara en los supuestos anteriores, y tampoco puedan afectar de forma directa o indirecta a elementos de la Red Natura 2000, se sugiere que se incluya una cláusula ambiental al amparo del apartado 2 del Artículo 202 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden), donde se mencione expresamente que se



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.

En esta línea la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (1291) dispone en el artículo 16.3 que «En el objeto de los contratos de recogida y tratamiento de residuos que celebren las entidades pertenecientes al sector público se incluirá la ejecución por el contratista de medidas de formación y sensibilización dirigidas a la población a la que se presta el servicio, en relación con la prevención de residuos y su peligrosidad, la reutilización, la recogida separada, la preparación para la reutilización y el reciclado, y las consecuencias de la gestión indebida de los residuos y del abandono de basura dispersa».

A pesar de lo señalado la OIRESCON, en el «Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en el 2020, Contratos Reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación» (1292), ha puesto el «dedo en la llaga». Ha concluido que «En las obligaciones derivadas de la LCSP en materia de inclusión de criterios de adjudicación de carácter social, medioambiental, de innovación u otro orden, y condiciones especiales de ejecución de igual carácter, tras el análisis efectuado, se detectan –en procedimientos de contratación– determinados grados de no aplicación del 82,43% y del 13,79%, respectivamente», y que «Esta diferencia en el grado de aplicación en uno y otro caso, puede deberse a que la inclusión de aspectos sociales o medioambientales en los criterios de adjudicación tiene carácter potestativo, según el artículo 145 de la LCSP, mientras que en el caso de las condiciones especiales de ejecución es obligatorio, según el artículo 202 de la LCSP».

Efectivamente, el artículo 202 de la LCSP, aunque en el apartado 1, párrafo primero, dispone que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la UE y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos (1293), sin embargo, en el

deberá realizar un análisis de la Infraestructura Verde, así como de los procesos e interacciones ecológicas o ambientales clave, proponiendo las medidas necesarias para su mantenimiento o la mitigación de los efectos negativos basadas en la metodología de la restauración ecológica».

(1291) BOE número 85, de 9 de abril, con entrada en vigor el 10 de abril de 2022, salvo en lo previsto en el Título VII sobre Medidas fiscales para incentivar la economía circular, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

(1292) Marzo de 2022.

(1293) Resolución del TACRC número 662/2018, de 6 de julio, en la que analiza la inclusión en los pliegos de una condición especial de ejecución de carácter social por la vía del artículo 202 de la LCSP, consistente en que el contratista asuma el «compromiso de mantener durante toda la vigencia del Acuerdo Marco las retribuciones que, como mínimo, sean las que

párrafo segundo, establece lo que ha puesto de manifiesto la OIRESCON al indicar 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 de entre las que enumera el apartado siguiente» (1294).

En relación con la necesaria vinculación que ha de existir entre las condiciones especiales de ejecución de los contratos y el objeto contractual, la Directiva 2014/24/UE contempla, en su Considerando Segundo, el objetivo de «permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la promoción del empleo y la integración social, y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles» pero, aunque alude expresamente a los aspectos medioambientales en los motivos de exclusión de contratistas (artículo 57), criterios de adjudicación (artículo 67) y como posible condición de ejecución de los contratos (1295), sin embargo, en este último supuesto a diferencia de la Directiva 2004/18/CE, requiere que estas condiciones especiales estén vinculadas al objeto del contrato (artículo 70). Para hallar la concreción de la expresión «vinculada al objeto del contrato», sin embargo, hay que acudir al artículo 145.6 de la LCSP que, en sede de criterios de adjudicación, dispone que se considerará que existe cuando se refiera o integre en prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida (1296), incluidos los factores que intervienen en los procesos 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, y de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material (1297).

figuren en el Convenio Estatal de Empresas de Seguridad vigente (o el texto que le sustituya) a todos los vigilantes que presten el servicio de vigilancia y seguridad en los contratos derivados del Acuerdo Marco». El Tribunal concluye que se trata de un criterio discriminatorio y susceptible de crear desigualdades y distorsiones entre los licitadores.

(1294) 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».

(1295) Resolución del TACRC número 848/2014, de 14 de noviembre.

(1296) Resolución del TACRC número 99/2020, de 23 de enero. En este sentido, las obligaciones que expresamente se citan a lo largo de la LCSP como obligatorias no pueden excepcionarse por la vía de incluirlas en los PCAPS como condiciones especiales de ejecución.

(1297) Resoluciones del TACRC números 456/2019, de 30 de abril, 786/2019, de 11 de julio, y 368/2020, de 12 de marzo, entre otras.



o de naturaleza ética (1301), medioambiental (1302) o de otro orden, y en el primer párrafo del mismo apartado 2 añade las que puedan «referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación...».

Respecto las condiciones de naturaleza social relacionadas con aspectos éticos, resulta preciso hacer una referencia a los mismos porque aparecen de la mano del título del artículo 202 y porque, sin embargo, en este no se realiza una pormenorización de la que pueda deducirse su contenido. A juicio de los autores de esta obra, la delimitación del ámbito de aplicación objetivo de estas consideraciones de tipo ético se encuentra íntimamente relacionado con el principio de integridad que, como ya se ha señalado, es uno de los principios rectores que disciplina la Contratación Pública. Unas veces, estos criterios estarán relacionados directamente con los de naturaleza social pero otras veces tendrán naturaleza propia. A título ejemplificativo, puedan resaltarse lo siguientes (1303):

- Relacionados con el componente social, se pueden señalar los relativos a la obligación de denunciar las situaciones irregulares que se puedan presentar en los procesos de Contratación Pública o durante la ejecución de los contratos, a la abstención de realizar conductas que tengan por objeto o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, como por ejemplo los comportamientos colusorios o de competencia fraudulenta (entre

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 con 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.

(1301) Informe Especial de Supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación relativo a la Contratación Estratégica en el 2020 sobre contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación, de marzo de 2022.

(1302) 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.

(1303) Informe Especial de Supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación relativo a la Contratación Estratégica en el 2020 sobre contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación, de marzo de 2022.



otras, ofertas de resguardo, eliminación de ofertas, asignación de mercados, o rotación de ofertas), a la declaración a presentar por el licitador en el momento de presentar su oferta en relación con que está libre de cualquier conflicto de intereses con el personal que presta sus servicios en la mesa o en el órgano de contratación, o a la obligación de que los licitadores, contratistas y subcontratistas deba observar los principios, normas y cánones éticos propios de las actividades que encajan con las prestaciones objeto de los contratos.

- Vinculados directamente con la perspectiva de género, como los relativos a la implantación de las correspondientes garantías para aplicar criterios igualitarios de retribución de mujeres y hombres, o relacionados con la misma, como, por ejemplo, que el contratista implemente en todo momento el uso de una comunicación que no incurra en cualquier tipo de discriminación por razón de orientación y/o identidad sexual, origen, edad, creencias, u otras condiciones o circunstancias personales o sociales.

En relación con las «consideraciones económicas» que tampoco son objeto de desarrollo en el artículo 202.2 de la LCSP, es preciso indicar que dicho precepto tiene su origen y fundamento al artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE que dispone que «Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo». El legislador comunitario ha empleado una conjunción disyuntiva para separar conceptualmente las condiciones especiales de ejecución de tipo económico de las de innovación. Este es el mismo sentido que ha de darse al citado artículo 202.2 que, por tanto, distingue las condiciones especiales de ejecución de tipo económico, las relacionadas con la innovación, las de tipo medioambiental y las de tipo social (relativas al empleo o de naturaleza ética).

Como ya se ha señalado, a diferencia de la descripción que realiza la LCSP para las condiciones especiales de ejecución de tipo social o medioambiental, no sucede lo mismo con las condiciones económicas especiales de ejecución. Por tanto, para poder determinar su aplicabilidad, es necesario analizar, en cada supuesto, si concurren los siguientes aspectos (1304):

- Si están vinculadas con el objeto contractual, ya que solamente cabrá hablar de condición especial de ejecución cuando de la ejecución del objeto del contrato surja la necesidad de cubrir determinados riesgos y responsabilidades por parte del contratista.

(1304) Recomendación JCCPE número 59/2019, de 30 de junio 2020.

cuando el contratista prestó el servicio sin dedicar el medio material que le permitió resultar adjudicataria(1307).

- Como causa capaz de desencadenar una prohibición para contratar, el artículo 71.2.c) de la LCSP dispone que, en el caso de incumplimiento de cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202 que hubiesen sido definidas 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.

g) *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, y de tramitación «anticipada» cuando, a tenor del artículo 117.2 de la LCSP, los expedientes de contratación se ultimen incluso con la adjudicación (contratos basados en acuerdo marco o contratos específicos fundados en sistema dinámico de adquisición) y formalización del correspondiente contrato, aun cuando su ejecución, ya se realice en una o en varias anualidades, deba iniciarse en el ejercicio siguiente. A estos efectos podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a la LCSP, es decir, deberá acreditarse que la presencia de crédito adecuado

(1307) Dictamen del Consejo de Estado número 519/2020, de 29 de octubre, con cita de los números 602/2013, de 26 de junio, y 352/2015, de 29 de abril. Informe de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de 11 de julio de 2019, en relación con la resolución de un contrato de obras (Ala Este de la Residencia de Oficiales y Suboficiales de la Armada en Las Palmas de Gran Canaria), dispone que, a tenor del artículo 211.f) de la LCSP, no hay mayor incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, que aquella que consiste en no ejecutar el objeto del contrato pues es «una obligación que solo puede calificarse de esencial». En este sentido, «desde antiguo el Consejo de Estado ha declarado que el abandono de las obras por parte de la contratista constituye un incumplimiento que justifica la resolución contractual por incumplimiento. Así, en el dictamen de 1 de febrero de 1973 (número 38.433) se señalaba que la paralización generalizada de las obras era causa de resolución “con pérdida de la fianza constituida y sin perjuicio de las demás responsabilidades que puedan resultar de perjuicios irrogados a la Administración por el incumplimiento de la empresa contratista”. Múltiples dictámenes más recientes se pronuncian en idéntico sentido en relación con la causa de resolución, como, por ejemplo, el de 8 de noviembre de 2018 (número 856/2018)».



y suficiente para poder tramitar el expediente de contratación, basada en los artículos 35.1, 39 y 116.3 de la LCSP en relación con el artículo 47 de la LGP, ya que, en caso contrario, será nulo de pleno derecho el contrato tramitado por este procedimiento (1308).

En el caso de los órganos de contratación de las Corporaciones Locales, existe un supuesto adicional para que pueda tramitarse de modo anticipado el expediente de contratación (1309). La disposición adicional tercera, 2 de la LCSP dispone que «podrán tramitar anticipadamente los contratos cuya ejecución material haya de comenzar en el ejercicio siguiente o aquellos cuya financiación dependa de un préstamo, un crédito o una subvención solicitada a otra entidad pública o privada, sometiendo la adjudicación a la condición suspensiva de la efectiva consolidación de los recursos que han de financiar el contrato correspondiente». Este supuesto posee la peculiaridad de que el plazo de mantenimiento de la condición suspensiva, ante la falta de concreción de la normativa aplicable, se mantendrá hasta que, a tenor de los artículos 1113 a 1124 del Código Civil relativos a las obligaciones puras y de las condicionales, se produzca la consolidación de los recursos que han de financiar el contrato. Por este motivo, la LCSP, a diferencia de lo que señala el artículo 117.2 que permite que el contrato pudiera llegar a adjudicarse e incluso a formalizarse, diseña un sistema en el que la tramitación anticipada del expediente podrá progresar, en principio, hasta el momento de la adjudicación, cuyos efectos quedarán en suspenso hasta que se verifique el cumplimiento de la condición de la que depende su eficacia (1310). A raíz de lo indicado, cabe distinguir entre el supuesto en el que en los pliegos se hubiese fijado un plazo máximo para el cumplimiento de la condición, en cuyo caso el órgano de contratación, a partir de su transcurso, habrá de tomar la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o de desistir del mismo, con las consecuencias previstas en la LCSP, mientras que, si no se hubiera fijado dicho plazo en los pliegos, el único límite que deberá respetar será el del momento en el que se dictara el acuerdo de adjudicación.

(1308) 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 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.

(1309) Recomendación JCCPE número 10/2020, de 1 de septiembre.

(1310) Informe JCCPE número 19/2019.

2. Extraordinaria

En esta modalidad se engloban la tramitación del expediente de contratación por razones de urgencia y de emergencia.

Respecto de la tramitación por urgencia(1311), el artículo 119 de la LCSP dispone lo siguiente:

- Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes de contratación cuya celebración responda a una necesidad inaplazable(1312) o cuya adjudicación(1313) sea preciso acelerar por razones de interés público.
- Dicha declaración deberá ser motivada(1314) y habrá de estar incluida en el expediente de contratación. Sobre la necesaria motivación es preciso señalar

(1311) 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 vigésima 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.

(1312) STS de 27 febrero 2008.

(1313) 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.

(1314) 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».

No resulta suficiente como justificación la mera referencia formal a la norma legal, el retraso en la ejecución de dichos contratos y la 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).



que, el perjuicio a la concurrencia que la utilización de esta modalidad de tramitación supone, solo puede ser tolerado cuando se justifique la imposibilidad de alcanzar de otra forma el interés público que el contrato pretende materializar, y solo si existe una proporcionalidad razonable entre la magnitud del perjuicio y la del citado interés. No basta, por lo tanto, con la mera invocación del interés general que, por definición, existe en cualquier contrato del Sector Público, sino que la declaración de urgencia deberá estar soportada por una motivación que acredite la existencia de necesidades que no pueden satisfacerse mediante el procedimiento ordinario, debiendo ser todo ello coherente con el contenido del expediente y el desarrollo del procedimiento (1315).

- Gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de 5 días naturales 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 naturales.
- Se reducirán a la mitad los plazos establecidos en la LCSP para la licitación, adjudicación y formalización del contrato, salvo en los siguientes casos:
 - El plazo 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 REMC, o desde la notificación de la misma, si el contrato no se encontrara sujeto a dicho recurso.
 - A tenor del artículo 119.2.b).2.º, los plazos de presentación de proposiciones o solicitudes de participación en los contratos SARA de obras, suministros y servicios adjudicados por el procedimiento abierto, a diferencia de lo que se preveía en el TRLCSP que establecía que la única posibilidad para reducir dichos plazos era que el contrato hubiese sido sometido a anuncio previo (1316), ahora el plazo general, no inferior a 35 días naturales contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la UE, 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 naturales contados también desde la fecha del envío del anuncio de licitación. Esta reducción de plazo no resultará aplicable en los contratos SARA de concesión de obras y de concesión de servicios.

(1315) Resolución del OARC número 47/2016.

(1316) Artículo 159.1, párrafo segundo, del TRLCSP.



- De acuerdo con el artículo 119.2.b).3.º en relación con el artículo 161.1, párrafo segundo, de la LCSP, el plazo de presentación de solicitudes de participación en los contratos SARA de obras, suministros y servicios adjudicados por el procedimiento restringido o por el procedimiento de licitación con negociación, que no podrá ser inferior a 30 días naturales contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la UE, 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 naturales contados desde la fecha del envío del citado anuncio. Esta reducción de plazo no resultará aplicable en los contratos SARA de concesión de obras y de concesión de servicios.

En el caso de la presentación de proposiciones en los contratos SARA de obras, suministros y servicios adjudicados por el procedimiento restringido o por el procedimiento de licitación con negociación, a tenor del artículo 119.2.b).3.º en relación con el artículo 164.1.b) de la LCSP, el plazo, que no podrá ser inferior a 30 días naturales contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita, 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 10 días naturales contados desde la fecha del envío de la citada invitación.

- No se practicará reducción alguna por la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de urgencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 119.2.b).4.º de la LCSP, en los contratos de obras, suministros y servicios que fueran adjudicados por los procedimientos diálogo competitivo o de asociación para la innovación, y, a tenor del artículo 119.2.b).6.º de la LCSP, cuando dichos contratos se adjudicaran por el procedimiento abierto simplificado del artículo 159.1 a 5 de la LCSP.
- Respecto al plazo de comienzo de la ejecución del contrato: El artículo 119.2.c) de la LCSP dispone que «no podrá exceder de un mes, contado desde la formalización».

Por lo que se refiere a la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de emergencia, el artículo 120.1, en relación con los artículos 37.1 y 153.6 de la LCSP, dispone que podrá acordarse por el órgano de contratación cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional(1317).

(1317) La LCSP prevé también que, ante una situación de esta naturaleza, se pueda no solamente celebrar contratos sino concertar, de acuerdo con lo señalado en el artículo 30.1.d).1, «La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración Pública, ya sea



Debe señalarse, sin ningún tipo de matización, que la Directiva 2014/24/UE no contempla este tipo de tramitación extraordinaria del expediente de contratación, toda vez que entiende que la superación de estas circunstancias excepcionales debe tramitarse siguiendo un procedimiento de adjudicación con negociación y sin publicidad del artículo 168.b).1.º de la LCSP. Ello requiere, a juicio de los autores de esta obra, que se proceda a suprimir a la mayor brevedad esta modalidad de tramitación extraordinaria del expediente de contratación (1318).

empleando exclusivamente medios propios no personificados o con la colaboración de empresarios particulares».

Informe JCCPE número 23/2020 en la que analiza el texto del anteproyecto de la Ley de Residuos y Suelos Contaminados en cuanto afecta a lo previsto en la LCSP. En su análisis, considera contraria a dicha Ley la siguiente disposición adicional: «En relación con las obras de ingeniería relacionadas con el mantenimiento de los servicios públicos y con aquellas necesarias para la resolución de una situación de grave peligro, se estará a lo dispuesto en el artículo 120 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público para la tramitación de emergencia, sin que sea necesario para su ejecución el cumplimiento a priori de los requisitos especificados en esta ley. Una vez concluidas las obras o trabajos de que se trate en cada caso, la Administración competente deberá ajustarlas al contenido de esta ley, siempre que ello resulte posible de acuerdo con el Órgano Ambiental que corresponda». Considera que los supuestos que tienen cabida en la misma exceden de los que contempla el artículo 120 de la LCSP a los efectos de amparar una situación de emergencia. Esta norma solamente incluye como supuestos de emergencia, a los efectos de su aplicación a los contratos del sector público, aquellos en los que «la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional». De este modo, indica que «La redacción que se nos ha remitido permite entender que todas las obras de ingeniería relacionadas con el mantenimiento de los servicios públicos pueden tramitarse por el procedimiento de emergencia, lo que no parece muy ajustado a la excepcionalidad que de dicho procedimiento predica la LCSP. De hecho, tal como está redactado podría interpretarse que estamos ante dos supuestos de contratación de obras (las obras de ingeniería relacionadas con el mantenimiento de los servicios públicos y aquellas necesarias para la resolución de una situación de grave peligro). Únicamente el segundo caso estaría asociado a la situación de grave peligro que prescribe el artículo 120 LCSP para la utilización de la tramitación de emergencia. La falta de una remisión expresa al artículo 120 de la LCSP plantea un segundo problema, pues resulta ambigua la redacción de la norma en lo que hace al cumplimiento previo de los requisitos establecidos en la ley. No tiene del todo claro esta Junta Consultiva si tal referencia alcanza a los requisitos establecidos en la propia Ley que se informa o en la LCSP. Debería aclararse este extremo».

(1318) En este sentido, el artículo 30 del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural, huye de aplicar esta modalidad de tramitación extraordinaria y aplica el procedimiento de negociación sin publicidad del artículo 168.b).1.º para la contratación de mejoras de eficiencia energética.



La Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (1319) señala en la adicional décima.1, que en casos de fuerza mayor, como accidentes, derrames, u otras situaciones de emergencia relacionadas con esta ley, las autoridades competentes podrán aplicar lo previsto para el procedimiento de urgencia y los procedimientos simplificados en los artículos 33 y 96 de la LPACAP y adoptar medidas provisionales para la protección de la salud humana y el medio ambiente. Añade que, en relación con las obras de ingeniería necesarias para la resolución de una situación de grave peligro relacionadas con la gestión de residuos, incluidas, en su caso, las necesarias para el mantenimiento de los servicios públicos en estas circunstancias, se estará a lo dispuesto en el artículo 120 de la LCSP para la tramitación de emergencia, sin que sea necesario para su ejecución el cumplimiento a priori de los requisitos especificados en la citada Ley 7/2022, aunque, una vez concluidas las obras o trabajos de que se trate en cada caso, la administración competente deberá ajustarlas a su contenido, siempre que ello resulte posible de acuerdo con el órgano ambiental que corresponda.

Respecto de estas causas habilitantes, es preciso señalar que no resulta adecuado aplicar este modo excepcional de tramitación del expediente de contratación en base a la expiración del plazo de duración de un contrato cuando no se ha podido implementar lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la LCSP, es decir, cuando no se ha publicado el anuncio de licitación del nuevo contrato con una antelación mínima de 3 meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario (1320).

(1319) BOE número 85, de 9 de abril, con entrada en vigor el 10 de abril de 2022, salvo en lo previsto en el Título VII sobre Medidas fiscales para incentivar la economía circular, que entrará en vigor el 1 de enero de 2023.

(1320) Sería, por ejemplo, la que se produciría en relación con un Acuerdo marco para la contratación de vigilantes de seguridad (con y sin armas) celebrado para el período 10 de abril de 2018 a 10 de abril de 2020 sin posibilidad de prórroga y sin haber publicado con una antelación de 3 meses la licitación del nuevo Acuerdo marco. Ante esta situación, el órgano de contratación intentó autorizar que los contratos basados en dicho expediente pudieran tener una vigencia superior a la del acuerdo marco, para cubrir el periodo de tiempo comprendido entre la finalización del expediente y la entrada en vigor del nuevo acuerdo marco que le deberá sustituir, que actualmente se encuentra en fase de adjudicación. Sin embargo, la declaración de concurso de acreedores del contratista bloquea toda posibilidad al estar incurrido en prohibición de contratar. A la vista de ello, a juicio de los autores de esta obra, sería más que dudosa la iniciativa de tramitar por el procedimiento de emergencia el contrato para la prestación transitoria de los servicios de vigilantes de seguridad (vigilantes con y sin armas), para el periodo comprendido entre el 10 de abril de 2020 y la entrada en vigor del nuevo acuerdo marco. En este caso, no quedaría más remedio que echar mano de la celebración de un nuevo contrato, que contaría con problemas para aplicar el procedimiento negociado sin publicidad, a tenor del artículo 168.b).1.º de la LCSP, pues sería complicado motivar que, en este supuesto, se ha



El artículo 120.1.a) de la LCSP dispone que el órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario (1321) 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 (1322). En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la LGP (1323).

En este sentido, a tenor del artículo 37.1 de la LCSP, se admite la contratación verbal en contra de lo que es la regla general de la formalización por escrito del contrato, y además, que, a tenor del citado artículo 153.6 de la LCSP, se inicie la ejecución del contrato antes de haber procedido a su formalización.

El artículo 120.1.b) de la LCSP establece que, 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 realizará la «dación en cuenta» de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de 30 días naturales.

En relación con dicha figura de la «dación en cuenta» al Consejo de Ministros, es preciso señalar que debe contener la información detallada de las razones que justifican la tramitación de emergencia y del cumplimiento exhaustivo de los requisitos y condiciones legalmente establecidos. Esta comunicación, en

producido una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo, y que demande una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia regulada en el artículo 119. Ante esta perspectiva, seguramente el órgano de contratación intentaría ir dando continuidad a la prestación de dichos servicios concatenando la celebración de sucesivos contratos menores, con clara conculcación de lo previsto en el artículo 99.2 de la Ley que dispone que no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, e intentando realizar algunos pagos por el sistema de anticipo de caja fija.

(1321) SSTS de 7 de abril de 1983 y de 20 de enero de 1987, e Informes JCCA números 34/1979, de 5 de octubre, 21/2001, de 3 de julio, y 20/2003, de 20 de junio.

(1322) 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.

(1323) 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 acompañará 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.



teoría (1324), actúa como un medio de control administrativo efectivo frente a conductas desproporcionadas o injustificadas, si bien, como ya se ha señalado, la declaración de la emergencia propiamente dicha le corresponde únicamente al órgano de contratación (1325).

En relación con el mencionado artículo 120.1.b) de la LCSP, ha surgido la duda sobre el alcance que ha de darse a la expresión «entidades públicas estatales», y, más concretamente, a si en la misma pueden incluirse las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones en mano pública del Sector Público Estatal. La citada expresión puede entenderse de dos formas distintas: En relación con todas las entidades que, además de los organismos autónomos que se citan expresamente, componen el Sector Público institucional estatal al que se refiere el artículo 84 de la LRJSP denomina Sector Público institucional estatal, o como una referencia más concreta a aquellas que tienen forma jurídica pública y que se rigen por el derecho público, dejando al margen a aquellas cuya forma es propia del derecho privado y cuyo régimen jurídico, en consecuencia, también lo es. A juicio de los autores de esta obra, la forma de interpretar la expresión «entidades públicas estatales» debe coincidir con la señalada en primer lugar, es decir, entendiendo que se refiere únicamente a las entidades estatales de carácter público en cuanto a su forma y regulación (1326).

(1324) Informe de la IGAE, de 27 de abril de 2021, sobre la Auditoría de la Contratación de Emergencia en relación con las tramitaciones realizadas en el ámbito no sanitario (excluidos los Ministerios de Sanidad y de Defensa, y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria), ha concluido sobre el riesgo de apreciación de la causa habilitante que «la dación de cuenta al Consejo de Ministros no es un mecanismo efectivo de control».

(1325) Informe JCCPE número 21/2001, de 3 de julio.

(1326) Informe JCCPE número 22/2020 en la que se analiza, en relación con el artículo 120.1.b) de la LCSP, la dación en cuenta al Consejo de Ministros en el caso de la tramitación de algún expediente de contratación por el procedimiento de emergencia. En dicho Informe apunta las siguientes razones para entender aplicable la expresión «entidades públicas estatales» al conjunto de entidades que forman parte del Sector Público institucional estatal:

- Porque, aunque sea admisible la aplicación del procedimiento de emergencia respecto de todas las entidades que componen el Sector Público en sentido amplio, las normas procedimentales y competenciales del artículo 120.1.b) de la LCSP solo deben entenderse aplicables a los entes del Sector Público que en concreto se mencionan, y no a otros.
- Porque, de acuerdo con los antecedentes legales desde la Ley de Contratos del Estado hasta el TRLCSP, no menciona a sociedades estatales ni a fundaciones públicas, por lo que resulta lógico pensar que si el Legislador lo hubiera querido hacer hubiera incluido expresamente una referencia a estas en alguno de los sucesivos textos legales que se han ido dictando.
- Porque la única referencia que se contiene en la LCSP a las entidades públicas estatales alude a la adquisición centralizada obligatoria de equipos y sistemas para el tratamiento de la información (artículo 230.2 de la LCSP), siendo así que en el ámbito estatal y conforme al artículo 229 de la LCSP dicha contratación centralizada obligatoria alcanza a los entes, enti-



El artículo 120.1.c) de la LCSP dispone que el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a 1 mes, contado desde la adopción del acuerdo de tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de emergencia, 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.

Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

El artículo 120.1.d) de la LCSP establece que, ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en la LCSP sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación. En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se hubiera realizado «a justificar», transcurrido el plazo de 1 mes para el inicio de la ejecución contado desde la adopción del acuerdo de tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de emergencia, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos(1327).

El artículo 120.2 de la LCSP dispone que las restantes prestaciones, que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia, se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en la LCSP.

En cuanto a la publicidad(1328), es preciso señalar que ni el artículo 151.1, relativo a la resolución, notificación y publicación de la adjudicación, ni el artículo 154.1 de la LCSP, que regula el régimen aplicable al anuncio de formalización de los contratos, excluyen la publicación de la contratación por la vía de la tramitación de emergencia en el perfil del contratante del órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 63 de la LCSP. De igual forma, deberá publi-

dades y organismos indicados en las letras a), b), c), d) y g) del apartado 1.º del artículo 3 de la Ley, que no incluyen a las fundaciones públicas reguladas en la letra e) ni a las sociedades mercantiles estatales de la letra h).

(1327) 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.

(1328) Informe Especial de la OIRESCON, de 16 de marzo de 2021, sobre Supervisión de los contratos tramitados por vía de emergencia. En este sentido, tal y como se recoge en el Informe Especial de Supervisión de esta Oficina de 23 de junio de 2020, sobre publicidad en los contratos tramitados por emergencia durante el estado de alarma, fue emitida por la Presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, nota informativa en relación con la tramitación de emergencia de los contratos por los que se instrumentan medidas de lucha contra el COVID-19, en la que se indica, entre otros aspectos, que en la publicación de los contratos de emergencia cobran especial importancia «la justificación del procedimiento utilizado para la adjudicación, la mención del objeto del contrato, el precio de adjudicación o la identidad del contratista».



carce en el BOE, en el mismo plazo, en el caso de que los contratos hayan sido celebrados por la Administración General del Estado o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas (1329).

Por último, es preciso señalar que la IGAE ha realizado la siguiente valoración global (1330) en virtud de la cual considera que el régimen jurídico de la tramitación de emergencia debería ser modificado para alcanzar los siguientes objetivos:

- Conseguir un acomodo indubitado a las normas europeas y a los principios rectores de la contratación pública.

(1329) Indicación dada a la PCSP por la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica (Dirección General de patrimonio del Estado) en su nota de 14 de marzo de 2020.

(1330) Informe de 27 de abril de 2021, sobre la Auditoría de la Contratación de Emergencia en relación con las tramitaciones realizadas en el ámbito no sanitario (excluidos los Ministerios de Sanidad y de Defensa, y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, con un alcance sobre un universo de 213 expedientes comunicados al Consejo de Ministros entre el 14 de marzo y el 17 de julio de 2020 de los cuales se ha analizado una muestra de 153 (68,27 por ciento), y sin invadir actuaciones que corresponden al ejercicio de la función interventora), después de haber abordado la verificación de razonabilidad de los procedimientos, la adecuación a los principios de buena gestión financiera, y la adecuación a la legalidad a la vista de la doctrina del TACRC, de la JCCPE y de la posible compatibilidad con la normativa europea y, en particular, la Comunicación de la Comisión de 1 de abril de 2020, ha fundamentado dicha valoración en los siguientes riesgos:

1. Riesgo de apreciación de la causa habilitante: Sobre el Nivel de Autorización (debería ser realizada al máximo nivel teniendo en cuenta las implicaciones de intereses contrapuestos): Sobre la dación de cuenta al Consejo de Ministros no es un mecanismo efectivo de control.
2. Riesgo de seguridad jurídica y de control: Sería necesario regular el contenido de los expedientes tramitados de esta forma fijando los contenidos y soportes mínimos a incluir y las obligaciones de publicidad existentes, optando por la máxima transparencia en este sentido: Una vez que el nivel de autorización se ha elevado al titular del departamento, no es necesario establecer un mecanismo de control *ad hoc*: Podría ser recomendable la solicitud de informe a la Abogacía del Estado, en la medida de lo posible teniendo en cuenta las circunstancias: Debería analizarse la posibilidad de establecer un esquema de soporte de documentación para habilitar encargos a medios propios mediante procedimiento verbal o similar, a lo que habría que añadir la modificación de la LGP para habilitar que en estos supuestos cupiera, introduciendo los límites que se estableciesen, la posibilidad de realizar encargos a medios propios por razones de emergencia con insuficiencia o inexistencia de crédito: En cualquier caso, debería explicitarse en la LGP que, en los casos que fuese de aplicación la función interventora a los actos de aprobación y compromiso del gasto, estos están exentos de esta modalidad de control.
3. Riesgo de economía: Se ha producido una alteración de las competencias sin apoyo jurídico en la mayor parte de los supuestos, es decir, que no se ha solicitado autorización previa a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación ni informe previo de la Secretaría General de Administración Digital. Ello ha producido una gran volatilidad en los precios.
4. Riesgo de compatibilidad con el derecho europeo: En el marco europeo, debe señalarse que no existe una tramitación equivalente a la de emergencia, si bien, sí que existe una causa de procedi-



- Mejorar los niveles de seguridad jurídica tanto de operadores económicos como de órganos de contratación.
- Adaptar la regulación de las posibilidades de gestión teniendo en cuenta el desarrollo de los medios informáticos y electrónicos.

h) 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 en la fase externa del contrato para dar publicidad a la voluntad de contratar.

El artículo 116.4.a) de la LCSP dispone que en el expediente de contratación se justificará adecuadamente la elección del procedimiento de licitación. Para dicha labor, los principios de publicidad y concurrencia habrán de presidir, en general, la elección de los procedimientos de adjudicación. Por ello, a medida que el procedimiento elegido restringe la aplicación de dichos principios, resultará obligado que el órgano de contratación realice una motivación, si cabe aun más estricta, de las razones que obligan a aplicar dicho procedimiento (1331).

De acuerdo con lo señalado, los procedimientos de adjudicación pueden clasificarse en procedimientos «ordinarios», si respetan los citados principios, y

miento negociado sin publicación por razones de imperiosa urgencia que podría ser asimilable. La Comunicación de la Comisión de 1 de abril de 2020 que recoge «Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19», en la que se establecían las siguientes directrices para que la Contratación Pública necesaria para luchar contra la pandemia fuese compatible con las Directivas: En la definición del supuesto debería especificarse que no cabe su utilización si es posible otro procedimiento de contratación de forma expresa y que no cabría alegar la insuficiencia presupuestaria dado que ello es un extremo atinente a la legalidad presupuestaria que debería regularse es la propia LGP, con los límites que se consideren adecuados, pero no en una norma de contratación: Sería razonable eliminar la exclusión del recurso especial en materia de contratación ya que supone una separación del derecho europeo, se podría aplicar la excepcionalidad del plazo suspensivo de forma análoga a los contratos basados en acuerdos marco ajustándose a la norma europea (artículo 2. Ter de la Directiva de recursos), y la doctrina del TACRC (resolución 102/2017) ha establecido la posibilidad de plantear un recurso especial en estos casos para analizar la adecuación de la tramitación a los requisitos de la Ley, incluyendo, además de los ya señalados «que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente».

(1331) Resoluciones de 25 de febrero de 2009, aprobadas 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 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 procedimientos «extraordinarios» si se produce una merma en la aplicación de los mismos.

En el epígrafe «6. Fase externa: Adjudicación de los contratos administrativos» de esta obra, se efectuará un análisis detallado de cada uno de los procedimientos de adjudicación que contempla la LCSP.

i) Criterios de adjudicación

1. Planteamiento estratégico

Como ya se ha señalado en esta obra, la elección de los criterios de adjudicación, que el órgano de contratación fijará en los PCAPS o en el documento descriptivo para seleccionar la mejor oferta, tiene directa relación con el concepto de CPE que impulsa la utilización del poder de compra pública para favorecer la consecución de objetivos propios de otras políticas públicas, la innovación y el desarrollo o la defensa de la competencia (1332).

A pesar de este claro planteamiento, en el último diagnóstico de la CPE en España, que se recoge en el Informe Especial de Supervisión de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación relativo a la Contratación Estratégica en el 2020 sobre contratos reservados y criterios medioambientales, sociales y de innovación, de marzo de 2022, se ha puesto de manifiesto que los órganos de contratación no se emplean en la implementación de criterios de adjudicación que potencien políticas públicas, a diferencia de los que hacen con las condiciones especiales de ejecución respecto de las cuales el artículo 202.2 dispone su inclusión en los PCAPS con carácter imperativo (1333), porque se fijan más en el carácter potestativo que se deriva del artículo 145 de la LCSP que en los exigentes términos con los que se expresa el artículo 1.3 cuando dispone que, en toda contratación pública, «se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato...».

(1332) Comunicaciones de la Comisión Europea referida a su informe «Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior» (COM (2021) 245 final, de 21 de mayo de 2021), y sobre «Orientaciones sobre la contratación pública en materia de innovación» (COM (2021) 267/01).

(1333) «En las obligaciones derivadas de la LCSP en materia de inclusión de criterios de adjudicación de carácter social, medioambiental, de innovación u otro orden, y condiciones especiales de ejecución de igual carácter, tras el análisis efectuado, se detectan –en procedimientos de contratación– determinados grados de no aplicación del 82,43% y del 13,79%, respectivamente».

Dicho lo anterior, es preciso recordar que en la fase interna del contrato, que finaliza con la aprobación del expediente de contratación, la verdadera dificultad para el órgano de contratación radicará en definir si los extremos, que entiende han de cumplir los licitadores, han de exigirse en los pliegos (1334) o en el contrato como criterios de admisión (solvencia o, en su caso clasificación) como criterios de selección o adjudicación, o como condiciones especiales de ejecución del contrato (1335). 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 aplicar la solución más adecuada a la necesidad que pretende satisfacer (1336).

En relación con 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 (1337).

(1334) Artículos 122.2 y 145.5 de la LCSP. El artículo 166.2 de la LCSP señala que, en los pliegos de cláusulas administrativas de los procedimientos de licitación con negociación, se determinarán los criterios de adjudicación aplicables.

(1335) Resolución del TACRC número 81/2011, de 23 de marzo.

(1336) Por ejemplo, en la Resolución del TACRC número 848/2014, de 14 de noviembre, declara inválido un criterio de adjudicación, consistente en otorgar 5 puntos a las empresas que dispusieran de un coche que tuviera ya instalado un inhibidor de frecuencia, ya que no puede cumplirse por todos los licitadores dado que requiere una autorización específica: Por ello, señala que debería haberse contemplado en los pliegos como una condición especial de ejecución del contrato al objeto de que el contratista desarrollara las gestiones oportunas para conseguirlo.

(1337) Resolución del TACRC número 235/2013, de 20 de junio, sobre valoración del mayor volumen 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.



El Preámbulo de la LCSP señala, en relación con 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 (1338). 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 OIRESCON, 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 (1339). En relación con estos, se introduce la posibilidad de que 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. En especial, se dispone que podrá exigirse que dicho proceso cumpla los principios de comercio justo que establece la Resolución de 6 de julio de 2006 del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo [2005/2245(INI)] (1340).

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 el artículo 127.2.a) a f), 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 al mismo, un informe técnico del fabricante que sirva para demostrar que se cumplen los criterios de adjudicación exigidos.

(1338) Exponendo II, párrafos primero y segundo.

(1339) Exponendo V, párrafo tercero.

(1340) Exponendo V, párrafo quinto.

2. Tipos

La LCSP utiliza, en términos generales(1341), 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, con la finalidad de llegar a la obtención de la mejor relación calidad-precio, la adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación.

Efectivamente, el artículo 145 de la LCSP, de modo totalmente novedoso, distingue, a la hora de concretar los criterios de adjudicación, estos sistemas:

- 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 (1342), incluido el valor técnico (1343), las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal

(1341) 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 con la «oferta económicamente más ventajosa» deberían referirse a la «mejor oferta».

(1342) 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 PCAPS y que no se confunda con los «medios de aseguramiento de la calidad» (artículo 93 de la LCSP) que se refieren a requisitos de solvencia técnica, pues para ser admisibles han de ser 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).

(1343) 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 PCAPS 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.



o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales (1344), medioambientales (1345) e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones (1346), respecto de los cuales la LCSP realiza, en el artículo 145.2, una enumeración abierta (1347).

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 (Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Instituto de Gestión Sanitaria e Instituto de Mayores y Servicios Sociales), 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).

(1344) Las características sociales del contrato se referirán, entre otras a tenor del artículo 145.2 de la LCSP, 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.

(1345) Las características medioambientales podrán referirse, entre otras a tenor del artículo 145.2 de la LCSP, 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.

(1346) El artículo 145.2.3.º de la LCSP recoge 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.

(1347) 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, 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, Informe JCCA número 59/2009, de 26 de febrero de 2010.



En cuanto al criterio económico, el último párrafo del artículo 145.2 de la LCSP señala que junto a los criterios cualitativos deberán ir acompañados de 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 con 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 (1348).

En relación al precio, a diferencia del sistema de coste-eficacia en el que la fijación de «umbrales de saciedad» se estima que se opone al principio de competencia como se analizará a continuación, en el sistema calidad-precio, a juicio de los autores de esta obra, Por ello, es perfectamente aconsejable que, por ejemplo, en aras a obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, se module en los pliegos el criterio precio y se establezcan límites a las reducciones, es decir, se fijen determinados umbrales (1349).

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. Sobre el concepto de fórmula matemática, es preciso señalar que su resul-

-
- «Valoración del compromiso de emplear en su ejecución personas desempleados inscritas en una determinada oficina de empleo»: No se considera adecuado, Informes JCCA números 53/2008, de 29 de enero de 2009, 3/2009, de 25 de septiembre, y 12/2011, de 28 de octubre.
 - «La propiedad de unas determinadas instalaciones»: No se considera adecuado, 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, Resolución del TACRC número 229/2012, de 24 de octubre.

(1348) Tribunal de Cuentas en el informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Instituto de Gestión Sanitaria e Instituto de Mayores y Servicios Sociales), 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).

(1349) En este sentido, la Comisión Europea publicó un documento denominado «Guía práctica para contratación pública para profesionales».



- En los contratos de servicios (1353) se establece la regla general de que deberán existir varios criterios de adjudicación (1354), salvo en el caso de que se trate de prestaciones que se encuentren perfectamente definidas técnicamente y que no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación (1355).

En este sentido, en el párrafo segundo del apartado g) del artículo 145.3 de la LCSP, se enfatiza una serie de contratos de servicios en los cuales el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación. Así se citan tres tipos de contratos, por un lado, los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura (1356), por otro, los 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 (1357) o cuando se trate de los contratos de servicios

(1353) Resolución del TACRC número 702/2018, de 20 de julio, en la que se señaló lo siguiente: «A nuestro entender el artículo 145.3.g) de la LCSP contiene una compleja estructura al establecer una regla general, una excepción y una contraexcepción. Así la regla general es que los contratos de servicios deberán tener varios criterios de adjudicación. Como excepción se permite que el precio sea el único criterio cuando las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase. Y finalmente se establece una contraexcepción enumerando una serie de contratos de servicios, entre ellos en los de servicios en intensa mano de obra, que en todo caso deberán tener más de un criterio de adjudicación».

(1354) 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 lo viene prestando.

(1355) Resolución del TACRC número 1672/2021, de 19 de noviembre, en relación con un contrato intensivo en mano de obra, se ha de exigir que el precio no sea el único criterio de adjudicación.

(1356) Resolución del TACRC número 1595/2021, de 12 de noviembre, en la que analiza la doctrina del tribunal sobre la disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP sobre «Normas específicas de contratación pública de servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo», es decir, sobre los «servicios de naturaleza intelectual por disposición legal».

(1357) 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.



sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP, o de servicios intensivos en mano de obra, y, por último, los de seguridad privada (1358).

Sobre el concepto de contrato de «servicios o actividades de mano de obra intensiva» cabe señalar, a juicio de los autores de esta obra, las siguientes consideraciones (1359):

Primero, se trata de un concepto que proviene del término anglosajón «labor intensive» que designa aquellas actividades económicas que requieren un gran número de trabajadores en comparación con las exigencias de capital que precisan.

Segundo, que, para determinar el ámbito de dicho concepto, es preciso examinar en cada caso si los costes de mano de obra resultan o no «claramente predominantes en la estructura de costes del contrato».

Tercero, que no debe fijarse apriorísticamente un porcentaje a partir del cual se aprecie que se está ante un contrato de servicios de uso intensivo de mano de obra. Por esta razón, el análisis a emplear para deducir si en un contrato deben aplicarse varios criterios de adjudicación un puede basarse, sin más, en la apreciación de que el coste supera el 50 por ciento de los costes totales del contrato.

Cuarto, que existen determinados tipos de contratos de servicios que, en principio, se presumen intensivos en mano de obra (como, por ejemplo, los de limpieza de edificios) (1360), sin perjuicio de que dicha presunción pueda desvirtuarse mediante prueba en contrario cuando se acredite que el factor trabajo no es, en el concreto supuesto examinado, el coste predominante.

- En los contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables (1361).

(1358) Resolución del TACRC número 830/2019, de 18 de julio.

(1359) Resoluciones del TACRC números 702/2018, de 20 de julio, 990/2018, de 2 de noviembre, 635/2020, de 21 de mayo, 1136/2021, de 9 de septiembre, 1672/2021, de 19 de noviembre, y 754/2022, de 23 de mayo.

(1360) Resoluciones del TACRC números 1136/2021, de 9 de septiembre, y 1672/2021 de 19 de noviembre, y Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid número 594/2021, de 30 de diciembre.

(1361) 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 de producción ecológicos; la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

– 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 (1362) de la obra, suministro o servicio, es decir, por medio de un criterio basado en la rentabilidad, y, subsidiariamente, a través del criterio precio (1363).

En el concepto de ciclo de vida 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 esta tenga lugar, transporte, utilización y mantenimiento, adquisición de las materias primas necesarias y generación de recursos). Incluirá, en consecuencia, tanto costes sufragados por el órgano de contratación o por otros usuarios (costes relativos a la adquisición, a la utilización –como el consumo de energía y otros recursos–, al mantenimiento, y al 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 UE.

En los casos en que una norma de la UE haga obligatorio un método común para calcular los costes del ciclo de vida, se aplicará el mismo.

(1362) DELGADO FERNÁNDEZ, M. R., «El cálculo del coste de ciclo de vida en la Contratación Administrativa», *Gabiley* número 7, septiembre de 2016.

(1363) 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, pp. 37-69.

- El uso de fórmulas de ponderación proporcional de las bajas de las ofertas por la dispersión que puede desvirtuar el proceso de valoración (1368).
- La utilización de fórmulas por escalas fijas de porcentajes o puntos puede truncar el proceso de valoración diseñado con el conjunto de criterios de adjudicación contemplados en un determinado contrato (1369).
- La inclusión en las fórmulas de límites máximos de valoración o «umbrales de saciedad» puede convertir el criterio precio en un valor que es conseguido fácilmente por la mayoría de los licitadores, aunque alguno de ellos pudiera

e Instituto de Mayores y Servicios Sociales), 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.

(1368) Informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Instituto de Gestión Sanitaria e Instituto de Mayores y Servicios Sociales), 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.

(1369) Informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Instituto de Gestión Sanitaria e Instituto de Mayores y Servicios Sociales), 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.



ofrecer un precio inferior, al estar fijado el valor estimado del contrato por encima del valor de mercado (1370).

Por último, 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 licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente de contratación.

3. Condiciones

El artículo 145.5 de la LCSP señala que los criterios de adjudicación deberán cumplir las siguientes condiciones (1371):

- Deberán aparecer fijados en los PCAPS o en el documento descriptivo (1372), y deberán figurar en el correspondiente anuncio de licitación (1373).

(1370) Informe de fiscalización sobre los criterios de adjudicación utilizados en la contratación en el ámbito de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Instituto de Gestión Sanitaria e Instituto de Mayores y Servicios Sociales), 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).

(1371) STS de 22 de enero de 2014.

(1372) Resolución del TACRC número 1627/2021, de 19 de noviembre, en la que analiza un caso en el que el órgano de contratación aplicó un criterio de adjudicación, consistente en valorar la opción de locales entre arrendamiento o compromiso de disposición, que no estaba especificada en los PCAPS y, por tanto, ocasionaba una ventaja decisiva para el actual adjudicatario.

(1373) Sobre la posibilidad, desde luego no deseable, de que se puedan desarrollar determinados subcriterios en la fase externa una vez que en la fase interna quedaron definidos los criterios de adjudicación, 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*), señala que ello resultará posible solamente si se cumplen estas 3 condiciones: 1. Que no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el PCAPS o en el documento descriptivo o en el anuncio de la licitación; 2. Que no se

- Deberán ser formulados de manera objetiva (1374), específica y cuantificable objetivamente, fijados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 132 de la LCSP, con pleno respeto a los principios de igualdad (1375), no discriminación, transparencia (1376) y proporcionalidad, de modo que no conferían 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 (1377), aunque ello no tendría por qué trans-

contengan elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en la preparación de estas; y 3. Que no hayan sido adoptados teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

Resolución del TACRC número 1547/2021, de 11 de noviembre, en la que analiza la necesidad de concreción suficiente en los pliegos de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor y, en consecuencia, la improcedencia de introducir nuevos criterios o de factores de valoración no previstos en los mismos, ya que ello supone la infracción de los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia.

(1374) 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.

Resolución del TACRC número 69/2021, de 29 de enero, en la que señala que, por ejemplo, incluir como criterio social de adjudicación del contrato la valoración de las empresas con un número de trabajadores con discapacidad superiores al 2 por ciento de trabajadores de la empresa, se opone al citado principio de objetividad porque, aparte de tratarse de una característica de la empresa, no de la prestación, no queda justificado en qué medida afectaría de manera significativa a la ejecución del contrato, de la prestación que constituye su objeto. Se trataría más de una condición especial de ejecución del contrato pues estas, tal y como determina la Directiva 2014/24/UE en el Considerando 104, constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas.

(1375) Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero.

(1376) 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).

(1377) 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



cender 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 (1378) que dispone que «El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción».

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 (1379) al haber impedido que otras empresas concurrieran a la licitación, con el consiguiente efecto discriminatorio (1380).

En relación con esta cuestión, resulta especialmente significativo el criterio mantenido por el TJUE respecto a la inclusión en los PCAPS de un criterio de adjudicación que valore el llamado «arraigo territorial». Es bien conocido que la introducción de tales criterios produce, en términos generales, la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación en materia contractual (1381). Sin embargo, en determinados supuestos es preciso realizar un análisis en detalle de la naturaleza del contrato. Así sucede, por ejemplo, con los contratos de servicios de recogida, transporte y eliminación de desechos hospitalarios, en los que, aparte de los principios rectores de la Contratación Pública del artículo 1 de la LCSP, deben aplicarse los de autosuficiencia y proximidad, a tenor de lo previsto en la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, sobre

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 del TACRC 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.

(1378) Resolución del TACRC número 203/2012, de 20 de septiembre.

(1379) Informe JCCA número 9/2009, de 31 de marzo.

(1380) STJUE de 4 de diciembre de 2003, dictada en el Asunto C-448/01 «EVN y WIENS-TROM» en una cuestión prejudicial elevada a instancia del *Bundesvergabeamt* de Austria.

(1381) Resoluciones del TACRC números 1888/2021 y 1889/2021, de 22 de diciembre.



los residuos (1382). Por ello, aunque existe un principio general de igualdad y no discriminación en materia contractual, sin embargo, no impide que uno de los criterios de adjudicación de los contratos referidos a la gestión de residuos para su eliminación tome en consideración el principio de proximidad de las instalaciones para primar a aquellas empresas que permitan cumplir en mejor medida con dicho principio, primándose así los objetivos previstos en la citada Directiva 2008/98/CE. Existe, por tanto, una razón de interés general para primar el criterio de proximidad en la adjudicación de este tipo de contratos.

- Deberán estar vinculados al objeto del contrato (1383). El artículo 145.6 de la LCSP dispone que 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 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

(1382) STS de 9 de diciembre de 2021, que sigue lo señalado en la STS de 9 de febrero de 2017, y en la que señala que se adecúa a la normativa comunitaria la siguiente cláusula: «La fórmula aplicable para la adjudicación será la siguiente:

En cada caso para cada tipo de residuo y para cada lote se valorará la distancia en kilómetros y en ruta más corta, utilizándose *Google Maps* como referencia en caso de duda o contradicción, (no en línea recta) del centro de la capital del lote, es decir, para:

Para el lote 1 distancia en ruta desde el centro de Donostia-San Sebastián hasta la planta de gestión.

Para el lote 2 distancia en ruta desde el centro de Bilbao hasta la planta de gestión.

Para el lote 3 distancia en ruta desde el centro de Vitoria-Gasteiz hasta la planta de gestión.

Por lo que en el caso de la distancia desde capital hasta la planta de tratamiento de residuos grupo II tendrá un máximo de 5 puntos y se realizará en base a la siguiente tabla:

Hasta 25 km incluidos de distancia, 5.

De 25 a 50 km incluidos de distancia, 4.

De 50 a 1000 km incluidos de distancia, 3.

De 100 a 150 km incluidos de distancia, 2.

De 150 a 200 km incluidos de distancia, 1.

Más de 200 km de distancia, 0.

En el caso de la distancia desde capital hasta la planta de tratamiento de residuos grupo III tendrá un máximo de 2 puntos y se realizará, en base a la siguiente tabla:

Hasta 300 km incluidos de distancia, 2.

De 300 km. a 600 km incluidos de distancia, 1.

Más de 600 km de distancia, 0».

(1383) Informe JCCA número 9/2009, de 31 de marzo.



socialmente sostenibles y justas, o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. La referida y necesaria vinculación exige que se trate de una característica de la prestación en sí misma que permita, como exige la Directiva 2014/24/UE en su Considerando 92 para los criterios de adjudicación, «efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato» (1384), lo que significa que los aspectos medioambientales o sociales incorporados como criterios de adjudicación deben repercutir en el resultado de la concreta prestación solicitada permitiendo una evaluación comparativa de las ofertas respecto de su calidad intrínseca (1385).

Desde el punto de vista de esta condición, a título ejemplificativo, cabe señalar que no resultarían adecuados criterios de adjudicación como los siguientes:

- Los que recogen como criterios de adjudicación requisitos mínimos de obligado cumplimiento para todos los licitadores (1386).
- Los que, en un contrato de suministro de reactivos y material necesarios para la realización de determinaciones analíticas en los Laboratorios de Análisis Clínicos (1387), se plasmaban en la siguiente cláusula:

«3. Inversión en I+D

Un aspecto fundamental en la valoración de las ofertas será la propuesta que se realice en lo referente a inversiones en tecnología y formación, así como en el fomento de la investigación.

(1384) Informe JCCPE número 89/2021, en el que rechaza la inclusión en los PCAPS de una cláusula en la que se valore el sometimiento del contratista a una auditoría de cumplimiento sobre los criterios de calidad (sociales, medioambientales, laborales) realizada por una entidad externa acreditada por organismo nacional de acreditación europea, porque no permite que se pueda realizar un estudio comparativo de las ofertas presentadas por los licitadores respecto de la prestación objeto del contrato de forma que contribuya a mejorar la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación.

Resoluciones del TACRC números 1628/2021, de 19 de noviembre, en la que analiza la invalidez de un criterio de adjudicación, consistente en valorar los medios de transporte en zona objeto del contrato, por resultar desproporcionado y limitativo de competencia, y 1621/2021, de 19 de noviembre, en la que señala que el criterio introducido en los PCAPS (tenencia de certificados que acrediten la implantación de sistemas de gestión de seguridad) ni tiene vinculación directa con el objeto del contrato ni, en consecuencia, permite dimensionar el rendimiento comparativo de la prestación.

(1385) Resolución del TACRC número 1180/2020, de 30 de octubre.

(1386) Resolución del TACRC número 282/2020, de 27 de febrero.

(1387) Resolución del TACRC número 1067/2020, de 5 de octubre.

Dadas las características del Consorcio Hospital General Universitario de Valencia, la tarea investigadora es un aspecto importante y es fundamental que dicha investigación tenga una traslación a la resolución de problemas de salud y a la mejora asistencial.

En el ámbito de los Servicios de diagnóstico es, sin duda, un lugar privilegiado desde el que se puede promover la innovación derivada de la incorporación de nueva tecnología por ello se valorará de forma prioritaria todo proyecto y aportación que:

- Incorpore tecnología puntera en el ámbito clínico/preclínico.
- Fomente la colaboración en proyectos de investigación.
- Favorezca la participación del servicio como consultor.
- Aporte soluciones al objeto de: Conseguir mejorar la eficiencia y calidad en la provisión de cuidados en salud y permitiendo aportar valor añadido a los estudios analíticos: Disponer de herramientas de business intelligence para una mejor gestión de los procesos internos.

En el servicio de análisis clínicos, son áreas prioritarias las relacionadas con inmunología, ADN circulante, proteómica y metabólica».

- «Criterio 2. Valoración General. Máximo 9 puntos.

Lotes 1-2 y 4

Compromiso del adjudicatario para considerar al Servicio de Análisis Clínicos colaborador/consultor para estudio de nuevos reactivos, equipos y todos aquellos aspectos relacionados con la utilidad de estas técnicas en la práctica clínica.

SI = 3 puntos, NO = 0 puntos.

Lotes 3 y 5

Compromiso del adjudicatario para considerar al Servicio de Análisis Clínicos colaborador/consultor para estudio de nuevos reactivos, equipos y todos aquellos aspectos relacionados con la utilidad de estas técnicas en la práctica clínica.

SI = 3 puntos, NO = 0 puntos».

- Los que se refieran, como criterio de adjudicación de carácter medioambiental, a un certificado exigido en relación con la energía suministrada en el



ejercicio anterior porque no guarda relación directa con el objeto del suministro (1388). Se trataría de una cláusula del siguiente tenor:

«G. Contenido de la proposición relativa a criterios evaluables mediante fórmula.

1. Documentos distintos a la oferta económica cuyo contenido se valore mediante fórmula:

Anexo 5 y certificado emitido por la CNMC que contemple el porcentaje de energía eléctrica del apartado correspondiente a la «Mezcla de comercialización de cada empresa» del Informe de Origen y Etiquetado de la electricidad publicado en la web de la CNMC en el año natural anterior al de la publicación de esta licitación.

H. Criterios de adjudicación y evaluación de ofertas.

Criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas distintos del precio (Segunda fase): máximo 20 puntos.

Se valorará con 20 puntos al licitador que acredite un mayor porcentaje de energía a suministrar procedente de fuentes renovables por encima del 50% exigido. El resto de las ofertas serán valoradas proporcionalmente aplicando la fórmula de la proporcionalidad directa.

Se acreditará con la aportación de certificado emitido por la CNMC que contemple el porcentaje de energía eléctrica del apartado correspondiente a la “mezcla de comercialización de cada empresa” del Informe de Origen y Etiquetado de la electricidad publicado en la web de la CNMC en el año natural anterior al de la publicación de esta licitación de adjudicación siguientes son acordes al artículo 145 de la LCSP».

- Los que introduzcan, como criterio de adjudicación de carácter social, la valoración de la contratación de mayor número de mujeres en puestos de responsabilidad (1389), porque no afecta al rendimiento del contrato, a su objeto, es decir, no se refiere de manera significativa a la ejecución del contrato. Sería una cláusula del tipo siguiente:

«Hasta 6 puntos al licitador que se comprometa a contratar para la ejecución del contrato a un mayor número de mujeres en puestos de responsabilidad.

El resto de licitadores obtendrán una puntuación proporcional conforme a la siguiente fórmula:

$$P = (NMR / MOR) \times 6$$

(1388) Resolución del TACRC número 638/2020, de 28 de mayo.

(1389) Resolución del TACRC número 378/2019, de 11 de abril.

Resultando: P (Puntuación obtenida) = NMR (número de mujeres en puestos de responsabilidad que se compromete a contratar el licitador para la ejecución del contrato) / MOR (mejor oferta de los licitadores sobre el número de mujeres en puestos de responsabilidad que se compromete a contratar)».

- Los que hubieran introducido, como criterio de carácter social, la inserción socio laboral de personas con discapacidad o riesgo de exclusión social. Sería una cláusula del siguiente tenor (1390):

«El 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 socio laboral de personas con discapacidad o riesgo de exclusión social.

Hasta un máximo de 10 puntos. Se valorará hasta un máximo de 10 puntos, a la entidad licitadora que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato, en los supuestos de nuevas contrataciones, bajas y sustituciones, un porcentaje superior a 10% de su personal, de personas desempleadas inscritas en las oficinas de empleo, priorizando en su contratación los pertenecientes a colectivos desfavorecidos, con dificultades de acceso al mercado laboral o en riesgo y/o situación de pobreza o exclusión social Se otorgará la mayor puntuación al licitador que haya ofertado el mayor porcentaje por encima del mínimo establecido en el criterio de adjudicación.

El resto se valorará de forma proporcional conforme a la siguiente fórmula:

$$P= Po/PoM \times (\text{puntuación máxima})$$

Resultando: P (puntuación obtenida por la entidad licitadora) = Po (porcentaje superior al mínimo) / PoM (porcentaje superior al mínimo establecido contenido en la mejor oferta de las licitadoras x puntuación máxima)».

- Los que introdujeran, como criterio de adjudicación de carácter social, una clara condición de aptitud del artículo 65.1 y 2 de la LCSP pues ni incide en el rendimiento de las ofertas ni en la ejecución de los servicios tal y como son definidos en las especificaciones técnicas, ni mejoran ese rendimiento o la calidad de la ejecución, y en definitiva no constituye más que un requisito de habilitación empresarial (1391). Sería una cláusula del siguiente tenor literal:

(1390) Resolución del TACRC número 378/2019, de 11 de abril

(1391) Resoluciones del TACRC números 660/2018 de 6 de julio, respecto a la inclusión de planes de igualdad como criterio de adjudicación de un contrato de servicios, 235/2019 de 8 de marzo, en relación con qué debe entenderse por vinculación al objeto del contrato, y 1148/2019, de 14 de octubre.

en empresas que están obligadas a tenerlo, y ser discriminatorio respecto de aquellas empresas que no están obligadas a su elaboración y aplicación (1394). Sería una cláusula del siguiente tenor literal:

«Contar con planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres».

- Los que introdujeran, como criterio de adjudicación de carácter social, por ejemplo, la contratación con entidades sin ánimo de lucro porque constituye un obstáculo a la libre concurrencia (1395) y no se encuentra vinculado al objeto de contrato (1396). Sería una cláusula del siguiente tenor literal:

«Entidad sin ánimo de lucro: 5 puntos. Obtendrá 5 puntos el licitador que acredite tener la condición de entidad 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 figure inscrita en el correspondiente registro oficial», porque constituye un obstáculo a la libre concurrencia (1397) y porque no se encuentra vinculado al objeto de contrato (1398).

- Los que introdujeran, como criterio de adjudicación de carácter social, por ejemplo, la introducción de mejoras salariales respecto al Convenio Colectivo aplicable porque no se trata realmente de un criterio de adjudicación ya que no permite realizar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato (por ejemplo, cualidades del personal empleado determinantes de la calidad para el nivel del rendimiento del contrato, aspecto este último que el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE concreta en que esa calidad del personal pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato) (1399). Sería unas cláusulas de los siguientes tenores literales:

«Condiciones salariales de los trabajadores (6 puntos). Se valorarán las mejoras en las condiciones salariales de toda la plantilla indicada en el punto anterior, a las que el licitador se comprometa durante el periodo de ejecución del contrato. Para las nuevas contrataciones de personal afectado por el convenio colectivo del sector de la industria de producción audiovisual (técnicos), si las hubiera, acorde con el apartado anterior, se deberán indicar las condiciones salariales iniciales. Con el fin de valorar las mejoras en las condiciones

(1394) Resolución del TACRC número 456/2019, de 30 de abril.

(1395) Resolución del TACRC número 660/2018, de 6 de julio.

(1396) Resolución del TACRC número 1148/2019, de 14 de octubre.

(1397) Resolución del TACRC número 660/2018, de 6 de julio.

(1398) Resolución del TACRC número 1148/2019, de 14 de octubre.

(1399) Resolución del TACRC número 858/2020, de 31 de julio.

▫ Compromiso de aportar un uniforme de temporada invierno/verano en el caso de prorrogar el plazo del contrato. Los cambios se realizarán antes del 1 de junio para el uniforme de verano y del 1 de octubre en el caso de invierno. Sí: 5 puntos. Cualquier otra respuesta: 0 puntos».

- Los que introdujeran, como criterio de adjudicación de carácter social, por ejemplo, la realización de acciones formativas o cursos de formación destinados al personal encargado de la ejecución del contrato porque infringe las exigencias de vinculación con el objeto de la prestación contratada y no contribuye a la mejor calidad de las prestaciones (1401). Sería una cláusula del siguiente tenor literal:

«Se valorará hasta con un máximo de 15 puntos la realización de acciones formativas o cursos de formación destinados al personal encargado de la ejecución del contrato sobre aspectos concretos que resultan de aplicación a este contrato, de acuerdo al siguiente baremo:

- De 3 a 10 horas anuales, 5 puntos.
- De 11 a 20 horas anuales, 10 puntos.
- Más de 20 horas anuales, 15 puntos.

Deberán especificarse en el compromiso:

- Las temáticas concretas sobre las que se realizarán acciones formativas o cursos de formación.
- La planificación temporal año por año de las acciones formativas o cursos de formación.
- Las categorías profesionales de las personas trabajadoras destinatarias de las acciones formativas o cursos de formación.

No se realizará la valoración de este criterio si no se especifican los anteriores puntos, siendo entonces la puntuación 0».

- 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.

(1401) Resolución del TACRC número 193/2021, de 26 de febrero.

El artículo 146.2, párrafo quinto, de la LCSP añade que la elección de las fórmulas se tendrá que justificar en el expediente (1402), toda vez que los principios rectores que inspiran la Contratación Pública, a tenor del artículo 1 de la LCSP, y el principio de seguridad jurídica que informa el ordenamiento jurídico, imponen dicha exigencia (1403).

El asunto no debería tener en principio (1404) más transcendencia si los pliegos especificaran debidamente la manera de seleccionar la mejor oferta en base al sistema de coste-eficacia (1405). Sin embargo, como a continuación se va a analizar, los problemas pueden surgir cuando la adjudicación se efectúa sobre más de un criterio, es decir, sobre el sistema de calidad-precio (1406).

El artículo 146.3 de la LCSP dispone que, salvo cuando se tome en consideración el precio exclusivamente, deberá precisarse en los PCAPS 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 (1407), se indicará igualmente en cuales de

(1402) 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, 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 de 1986, de 31 de octubre de 1995, de 20 de enero de 1998, de 11 y de 13 de febrero, de 9 de marzo de 1998, de 25 de mayo de 1998, de 15 de junio de 1998, de 19 de febrero de 1999, de 5 de mayo de 1999, y de 13 enero de 2000), 69/2012, de 3 de abril, 140/2012, de 28 de junio, e Informe JCCA 59/2009, de 26 de febrero de 2010.

(1403) 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. Resolución del TACRC número 92/2013, de 5 de marzo.

(1404) 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.

(1405) Resoluciones del TACRC números 224/2011, de 14 de septiembre, y 191/2012, de 12 de septiembre.

(1406) Resolución del TACRC número 166/2011, de 15 de junio.

(1407) 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 estos 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,

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. Cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia (1408).

Del citado artículo 146.3 se derivan las siguientes pautas interpretativas (1409):

- Los criterios de valoración han de estar correctamente definidos en el PCAPS o en el documento descriptivo, no solo en cuanto a la definición del criterio en sí, sino también los aspectos concretos que en relación con dicho criterio van a ser tenidos en cuenta en la valoración, determinación que es especialmente necesaria en el caso de los criterios sujetos a juicio de valor, pues en otro caso, además de conculcarse el principio de transparencia y libre concurrencia, se impediría la posible revisión posterior por parte de los órganos administrativos y judiciales competentes para ello (1410).

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 estos 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». El artículo 185 de la LCSP, sobre el concurso de proyectos 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 subfases 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 subfases serán valoradas de conformidad con los criterios de adjudicación que se hubieren establecido previamente.

(1408) 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.

(1409) Resolución del TACRC número 1065/2020, de 5 de octubre.

(1410) Resoluciones del TACRC números 263/2011 y 102/2013.



- En cuanto a la forma de lograr tal nivel de detalle, sin embargo, no es necesario en todo caso que sea a través de la asignación de bandas de puntos, sino que basta con que la descripción del criterio sea lo suficientemente exhaustiva, estableciendo las pautas que van a seguirse a la hora de valorar cada oferta (1411).
- Han de ser formulados de forma que permiten a los licitadores conocer de antemano cuáles serán las reglas precisas que rigen la valoración de sus ofertas, evitando que puedan producirse arbitrariedades en dicha valoración.
- En general (1412), los criterios establecidos en el pliego no pueden ser alterados con posterioridad, introduciendo nuevos subcriterios o aspectos no recogidos en los pliegos (1413).

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 tenor del artículo 146.3 de la LCSP, a través de alguno de estos sistemas (1414):

- El que se podría denominar «habitual» (1415) 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

(1411) Resolución del TACRC número 923/2014.

(1412) 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, 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*), señala que ello resultará posible solamente si se cumplen estas 3 condiciones: 1. Que no se modifiquen los criterios de adjudicación del contrato definidos en el PCAPS o en el documento descriptivo o en el anuncio de la licitación; 2. 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 estas; y 3. Que no hayan sido adoptados teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

(1413) Resolución del TACRC número 1547/2021, de 11 de noviembre, en la que analiza la necesidad de concreción suficiente en los pliegos de los criterios de adjudicación sujetos a juicios de valor y, en consecuencia, la improcedencia de introducir nuevos criterios o de factores de valoración no previstos en los mismos, ya que ello supone la infracción de los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia.

(1414) Resolución del TACRC número 87/2011, de 23 de marzo.

(1415) Resoluciones del TACRC números 224/2011, de 14 de septiembre, y 191/2012, de 12 de septiembre.

podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada.

- Si, por el contrario, dicho procedimiento sí se articulara en varias fases (1416), 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 (1417) o, en su caso, de un procedimiento de diálogo competitivo (1418). 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 PCAPS o, en su defecto, a lo que se establezcan reglamentariamente, 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 (1419).

(1416) Informe JCCPE número 6/20 en el que se plantea la posibilidad de establecer un umbral mínimo de puntuación en las proposiciones de los licitadores en aquellos procedimientos abiertos en los que los criterios cualitativos únicamente figuren en el sobre o archivo electrónico correspondiente a los juicios de valor. En relación con este aspecto señala que, de acuerdo con la LCSP y con la Directiva 2014/24/UE, en los procedimientos abiertos en los que se establezcan criterios cualitativos sometidos a juicios de valor, cabe establecer en los pliegos requisitos mínimos o umbrales, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de su evaluación quedan excluidas de la evaluación posterior (STJUE de 20 de septiembre de 2018, dictada en el Asunto C-546/16, *Montte y Musikene*). Tras la entrada en vigor de la LCSP la doctrina del TJUE resulta plenamente aplicable a la misma a la vista de que los artículos 146.3, 169.3, 175.3 y 179.4 LCSP. Esta doctrina ha sido recogida asimismo en las resoluciones del TACRC, pudiendo citarse, entre otras, la resolución número 207/2019, de 8 de marzo.

(1417) Artículo 169.3 de la LCSP.

(1418) Artículo 175.3 de la LCSP.

(1419) 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:

- El que, regulado en el artículo 146.3, párrafo último, de la LCSP, reviste carácter «excepcional» y cuya aplicación por parte del órgano de contratación ha de venir acompañado de motivación suficiente en la fase interna, 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 estos se enumerarán por orden decreciente de importancia (1420). 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 (1421), el procedimiento de diálogo competitivo (1422), o, en su caso, el procedimiento de asociación para la innovación (1423).

4. Discrecionalidad técnica

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» (1424) que propugna la defensa de que, en el ámbito de la Contratación Pública, es competencia de los órganos de contratación su fijación tanto en la fase interna del contrato, es decir, en el momento de elaborar los pliegos, como en la externa cuando resulta imprescindible que se realice una aplicación individualizada de dichos criterios a las proposiciones de los licitadores con la finalidad de seleccionar la mejor oferta. En este segundo momento, superando la postura jurisprudencial anterior (1425), se defiende un más intenso

-
- 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.

(1420) Resolución del TACRC número 87/2011, de 23 de marzo.

(1421) Artículo 169.5 de la LCSP.

(1422) Artículo 174.3, párrafo primero, de la LCSP.

(1423) Artículo 179.3 de la LCSP.

(1424) Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón número 98/2015, de 13 de noviembre.

(1425) 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).



control de la decisión administrativa basado en que la expresión «mejor oferta» es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control y que permite llegar a que solo una decisión sea jurídicamente justa, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (1426). Para ello se han de respetar absolutamente las reglas previamente establecidas en el correspondiente pliego. Estos aspectos se tratarán más adelante en esta obra cuando se aborde la clasificación de las ofertas en la Fase Externa del contrato.

5. Principio de proposición única

El artículo 139.3 de la LCSP consagra el «principio de proposición única», usualmente conocido como «mejoras», al disponer que cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en UTE si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una UTE. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

En relación con dicho asunto, es preciso insistir que lo que el mencionado artículo 139.3 proscribía es que un mismo licitador hubiera presentado, dentro del plazo para ello, dos proposiciones diferentes. Ahora bien, este supuesto es radicalmente distinto del que se produce cuando, dentro de dicho plazo, se presenta una doble proposición que no supone que se trate de proposiciones diferentes, antes bien, se trata de proposiciones idénticas con la salvedad de haber efectuado en la segunda proposición la subsanación o rectificación de algún extremo concreto. A juicio de los autores de esta obra, la mesa de contratación o el órgano de contratación, una vez que ha tenido noticia de dicho comportamiento (1427) y que ha efectuado la correspondiente comprobación, solamente debería excluir las proposiciones cuando efectivamente hubiera llegado a concluir, sin ningún tipo de duda, que se trata de proposiciones diferentes presentadas por un mismo licitador (1428).

(1426) SSTS 2 de abril y 11 de junio de 1991.

(1427) Resoluciones del TACRC números 218/2020, de 13 de febrero y 1243/2020, de 20 de noviembre, en las que señala que el licitador que haya presentado una doble oferta debe comunicar por un medio fehaciente al órgano de contratación dicha circunstancia.

(1428) Resoluciones del TACRC números 485/2021, de 30 de abril, en la que analiza el caso de presentación de dos ofertas por un licitador pero que en plazo retira una de ellas, y 438/2022, de 7 de abril, en la que se plantea la presentación de una doble proposición para la adjudicación de determinados lotes y, una vez hecho esto, el licitador se percató de que había cometido un error consistente en haber anexado un documento indebidamente en alguno de ellos y haber omitido otro en lotes diferentes, sin que hubiera encontrado otra solución para subsanarlo en plazo en la PCSP que presentar una segunda proposición, idéntica a la primera salvo en lo referente a los errores indicados. En ambas resoluciones se llega a la misma conclusión, basándose en lo indicado en la Resolución número 349/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la

La razón de fondo de la admisión de mejoras se fundamenta en que ha de tratarse de contratos, en los que las prestaciones son susceptibles de ser mejoradas por las ofertas o proposiciones que presenten los licitadores a través de la presentación de determinadas soluciones técnicas (1429).

Ahora bien, a juicio de los autores de esta obra, en este asunto se produce uno de los aspectos más conflictivos para el órgano de contratación que se ve implicado, por la doctrina del «levantamiento del velo», en una actuación propia de un detective (1430). Por ejemplo, en el caso de que haya dos licitadores, uno que presenta la oferta individualmente, y otro en el que ese primer licitador suscribe la oferta presentada por el segundo licitador como administrador solidario, por un lado, el órgano de contratación parte de una premisa teórica muy clara que consiste en que el mero hecho de que concurren dos empresas vinculadas a un procedimiento de licitación no puede identificarse con la vulneración del principio de proposición única, pero, sin embargo, debe aplicar la citada doctrina en virtud de la cual ha de observar si bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa (1431). Para ello, tendría que emplear un proceso deductivo que consistiría, por ejemplo, en cuestiones tan difíciles de perfilar como deducir que existe una relación de control entre las empresas en base a la indagación de si las ofertas se presentaron el mismo día con un escaso margen de tiempo entre ellas, o si algunos datos de contacto resultan ser los mismos. De ello, se le demanda al órgano de contratación que concluya que bajo la apariencia de dos licitadores independientes que presentan dos ofertas distintas, en realidad subyace uno solo, con la consiguiente vulneración del principio de proposición única que determina la exclusión de ambos licitadores en el procedimiento de contratación (1432). Sinceramente, ya la labor del órgano

Comunidad de Madrid, en el sentido de que no debería haberse procedido a excluir al licitador ya que no se trató del supuesto previsto en el artículo 139.3 de la LCSP que prohíbe que se presenten por un mismo licitador dos proposiciones diferentes. Para llegar a dicha conclusión razona que la LCSP no contiene ninguna prevención sobre el particular, regulando únicamente las consecuencias específicas para el caso de retirada de las ofertas una vez iniciado el procedimiento de licitación y concluido el plazo de presentación. Por ello, no tiene sentido impedir que se corrijan, sustituyan o retiren documentos antes de que transcurra el plazo de presentación, momento en que los licitadores quedan vinculados por las ofertas presentadas y no antes. No se puede hablar de una doble presentación de ofertas cuando la recurrente expresamente ha retirado una de ellas de la licitación, habiendo sido presentada válidamente la otra.

(1429) 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 servicios.

(1430) Resolución del TACRC número 1278/2019, de 11 de noviembre.

(1431) Resolución del TACRC número 950/2015.

(1432) Resolución del TACRC número 659/2019.



de contratación es suficientemente complicada como para exigirle este grado de diligencia que supera, a nuestro juicio, lo razonable.

El artículo 145.7 de la LCSP define las «mejoras» (1433) 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, a tenor del artículo 142.1 de la LCSP, haberse previsto en los pliegos (1434), debiendo ser interpretada esta expresión como comprensiva tanto de los PCAPS como de los PPTS. Efectivamente, su admisión debe venir recogida en los PCAPS (1435), 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 (1436).

En dicho sentido, es preciso poner énfasis en que el órgano de contratación ha de poner especial cuidado en la redacción de unos PPTS y de unos PCAPS totalmente congruentes entre sí (1437) 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 no cumplir con las especificaciones técnicas del contrato, y cuándo se consideran como mejoras a valorar como criterios de adjudicación (1438).

(1433) 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 este último concepto.

(1434) Resolución del TACRC número 682/2018, de 12 de julio, en la que analiza la exclusión de una empresa que presentó, sin que así se admitiera en los pliegos, variantes respecto de la oferta económica. Reafirma su doctrina en el sentido de que, si existiera duda sobre los pliegos, estos deberían haber sido recurridos en el momento procesal oportuno y, de no haberlo hecho, han de interpretarse a la vista del modo en el que se han ponderado los diferentes criterios de adjudicación para advertir si contemplan o no dicha posibilidad (Resoluciones del TACRC números 175/2011 y 704/2016, de 16 de septiembre).

(1435) Informe JCCA número 36/2004, de 7 de junio.

(1436) 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.

(1437) Resolución del TACRC número 133/2011, de 4 de mayo.

(1438) 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

Específica que existirá suficiente concreción en los pliegos (1439) cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mejoras (1440), así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato (1441).

- Deberán estar suficientemente especificadas (1442): 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 este sentido, no será suficiente que el licitador reproduzca, por ejemplo, lo indicado en los pliegos

en Murcia, un licitador manifestó que no prestaría determinados servicios contemplados en el PPTS (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 PCAPS, 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.

(1439) 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.

(1440) 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» (Resolución del TACRC número 16/2012, de 13 de enero).

(1441) Resoluciones del TACRC números 133/2011, de 4 de mayo, 318/2011, de 14 de diciembre, y 16/2012, de 13 de enero. Se declaró inadecuada la siguiente cláusula: «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».

(1442) 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 155/2011, de 20 de julio, y 284/2011, de 23 de noviembre.



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 Administración (1443).

En relación con 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 (1444).

- Pasarán a formar parte del contrato, una vez propuestas por el adjudicatario, y no podrán ser objeto de modificación, salvo que concurriera algún error de carácter material o de hecho, no jurídico, susceptible de rectificación (1445) (simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, opera-

(1443) Resolución del TACRC número 194/2011, de 27 de julio. De este modo, por ejemplo, no sería adecuada unas cláusulas en la que, sin más, se atribuyesen hasta 15 puntos a la mejora consistente en superar la reposición de materiales de 1.000 euros mensuales exigidos en el PPTS que señalaba que su coste sería por cuenta de contratista (Resolución del TACRC número 1144/2018, de 17 de diciembre), o que, en un contrato de servicios de teleasistencia domiciliaria, se hiciese referencia al mayor número de centrales de respaldo en territorio nacional (Resolución del TACRC número 141/2019, de 18 de febrero).

(1444) 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 (Tesorería General de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, Instituto de Gestión Sanitaria e Instituto de Mayores y Servicios Sociales), 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.

(1445) Resolución del TACRC número 442/2020, de 26 de marzo, en la que analiza que, a tenor del artículo 146.2 de la LCSP, después de haber valorado las ofertas basadas en función



ciones aritméticas, o transcripciones de documentos; apreciados teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo; sean patentes y claros, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables; que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos; que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto; que no genere la anulación o revocación del acto rectificado; y que se aplique con profundo criterio restrictivo)(1446).

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.

- Deberán indicarse en el correspondiente anuncio de licitación. El artículo 142.2 de la LCSP dispone que la posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. Las precisiones de las variantes que se puedan admitir 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.

Por último, el artículo 142.3 de la LCSP dispone que en los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, 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.

6. Aplicación de los criterios

El artículo 146.2 de la LCSP dispone, complementando el artículo 145.6, que la aplicación de los criterios de adjudicación se efectuará de la siguiente manera:

- En los procedimientos de adjudicación, abierto o restringido, celebrados por los órganos de las Administraciones Públicas, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor corresponderá, en los casos en que proceda por tener atribuida una ponderación mayor que la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, a un comité formado por expertos con cualificación apropiada, que cuente con un mínimo de 3 miembros, que podrán

de criterios de juicio de valor, solamente es posible rectificarlas si concurriera un error material susceptible de rectificación, que deberá ser interpretado a tenor de la STS de 15 de febrero de 2016.

(1446) STS de 31 de octubre de 2000, con cita de las SSTS de 27 de febrero y 25 de mayo de 1990, 16 de noviembre de 1998, y 9 de diciembre de 1999.



pertenecer a los servicios dependientes del órgano de contratación, pero en ningún caso podrán estar adscritos al órgano proponente del contrato(1447), al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas, o encomendar esta a un «organismo técnico especializado»(1448), debidamente identificado en los pliegos.

El órgano de contratación es libre para escoger en los pliegos entre asignárselo a un organismo técnico especializado o a un comité de expertos, ya que el precepto recoge una solución alternativa y mutuamente excluyente(1449). Ahora bien, el organismo técnico especializado no puede confundirse con un órgano creado *ad hoc* para realizar la valoración en un determinado contrato. Por el contrario, el término «organismo» alude a una entidad u órgano diferenciado y preexistente, que debe contar con una especialización técnica en la materia que constituye el objeto del contrato. La elección de un «organismo técnico especializado», presupone una suerte de alteridad con el órgano que le encomienda la valoración, ajenidad que no puede predicarse de un órgano que controla o tutela al consultante.

En este sentido, el órgano de contratación, en caso de que opte por encomendar la valoración a un «organismo técnico especializado», podrá hacerlo a favor de uno correspondiente al sector privado, siempre que cumpla con las condiciones que la LCSP exige para este tipo de organismos y que respete los principios de eficiencia y economía. A tal fin, celebraría el correspondiente contrato de servicios, en el que se exigiría que el contratista contara con los requisitos de especialización técnica y cualificación profesional adecuada, de modo que asegurara su independencia de criterio y la inexistencia de conflictos de intereses con los posibles adjudicatarios del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 64 de la LCSP(1450).

Respecto a la no constitución de dicho comité de expertos o la no participación del «organismo técnico especializado» cuando sea preceptiva, no es posible evitar la nulidad de pleno derecho del acuerdo de adjudicación en base a razonar que los pliegos rigen la licitación y que, mientras no hayan sido impugnados en tiempo y forma, se imponen como auténtica «Ley del Contrato», pues la exigencia de la actuación del comité u organismo viene direc-

(1447) Informe JCCA número 28/2009, de 1 de febrero de 2010.

(1448) Resolución del TACRC número 207/2013, de 5 de junio, e Informe JCCA 34/2009, de 25 de septiembre.

(1449) Informes JCCPE números 34/2009, de 25 de septiembre (sobre el artículo 134.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), y 96/2018, de 4 de marzo (sobre el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que la desarrolla parcialmente).

(1450) Informe JCCPE número 11/2020.

tamente establecida por la LCSP y sus efectos se despliegan sin más durante todo el procedimiento de licitación (1451).

- En los restantes supuestos, la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que se consideren precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la LCSP.

En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (1452) se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello (1453). En este sentido, deben existir informes diferenciados respecto a la valoración de los diferentes criterios, uno para los basados de juicio de valor (técnicas), y, otro, para los fundamentados en la aplicación de fórmulas, y sendas convocatorias de apertura de sobres, que han de ser objeto de apertura separada y sucesiva.

Se han de hacer públicas las valoraciones correspondientes a las ofertas basadas en juicio de valor (técnicas) con carácter previo o en el acto en el que se proceda a la apertura de los sobres que contienen los criterios evaluables mediante fórmulas (1454), suponiendo su vulneración la anulación del acto de apertura de los sobres, con la consiguiente anulación de todo el procedimiento (1455), por vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la LCSP, y del principio de secreto de las proposiciones exigido en el artículo 139.2 de la LCSP (1456).

7. Dinámica

El artículo 157.1 de la LCSP, al señalar que la mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición para, posteriormente, proceder a la apertura y examen de las proposi-

(1451) Resolución del OARC número 100/2014.

(1452) Resolución del TACRC número 796/2015, de 11 de septiembre.

(1453) Resolución del TACRC número 207/2013, de 5 de junio.

(1454) Resolución del TACRC números 59/2012, de 22 de febrero, 1046/2015, de 13 de noviembre, y 1323/2019, de 23 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.

(1455) Resolución del TACRC número 70/2019, de 1 de febrero.

(1456) Resoluciones del TACRC números 591/2021 y 598/2021, de 21 de mayo.

ciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, precisa, a juicio de los autores de esta obra, una modificación para adaptarse a lo previsto en el artículo 140.1.a) y b) de la LCSP que, en base a la implementación del DEUC, dispone que la acreditación de los requisitos previos se reflejarán en dicha declaración responsable ciñendo, a tenor del artículo 150.2, su acreditación exclusivamente para el licitador que ha efectuado, una vez aplicados los correspondientes criterios de adjudicación, la mejor oferta.

Hecha esta puntualización, la mesa de contratación procederá para seleccionar la mejor oferta de la siguiente manera:

- Cuando el licitador presentase solamente dos sobres o archivos electrónicos, analizará el sobre o archivo en el que consten las proposiciones a valorar en función de criterios de adjudicación a determinar mediante la aplicación de fórmulas, bien por tratarse del precio o de la rentabilidad (sistema de coste-eficacia) o de criterios basados en juicio de valor (sistema calidad-precio).
- Cuando el licitador presentase tres sobres o archivos electrónicos, porque en los PCAPS o en el documento descriptivo se hubiera contemplado la aplicación de una pluralidad de criterios de adjudicación, la mesa de contratación, como ya se ha señalado a tenor del artículo 146.2.b) de la LCSP, procederá primero a evaluar las ofertas conforme a los criterios no cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, y, con posterioridad, a realizar la de los criterios en que no concurra esta circunstancia, dejando constancia documental de todo ello.

Si, como ya se ha señalado en esta obra, algún licitador no hubiese presentado su proposición de la manera indicada, por ejemplo, incluyendo la documentación acreditativa de un determinado criterio de adjudicación a valorar mediante la aplicación de fórmulas en el sobre o archivo número 2 correspondiente a criterios relativos a juicio de valor, la mesa de contratación debería, en principio, proceder a excluir a ese licitador del proceso contractual (1457) por vulneración del citado artículo 157 y del artículo 139.2 de la LCSP que consagra el deber de secreto, salvo que se comprobase, sin duda alguna, que la información desvelada no hubiese tenido repercusión en la valoración de la oferta presentada (1458).

El plazo máximo para proceder a la apertura y examen de las proposiciones será de 20 días naturales contado desde la fecha de finalización del plazo para pre-

(1457) 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.

(1458) Resoluciones del TACRC números 14/2010, de 26 de noviembre, y 458/2022, de 21 de abril, en un contrato financiado con cargo a «Fondos *Next Generation*», e Informe JCCA número 62/2008, de 2 de diciembre.

sentar las mismas y, si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, contado desde que se hubiera abierto, dentro del mismo plazo, el primero de los sobres o archivos electrónicos que componen la proposición.

Abiertas y examinadas las proposiciones, la mesa de contratación formulará la correspondiente propuesta de adjudicación (1459) que elevará al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario.

En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos. Ello ha de ser así en el procedimiento abierto en general, si bien expresamente añade «salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos» (1460).

Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego. En base a dichos informes, es perfectamente ajustado a Derecho que pueda excluirse a un licitador porque el artículo 157 de la LCSP dispone que la intervención de un órgano técnico está pensada para que examine las ofertas presentadas y ofrezca un criterio a la mesa sobre la valoración de los distintos criterios dentro de los límites del pliego. Así pues, el órgano de contratación lo único que hace es basar su decisión en el contenido del informe técnico recabado para tal fin, constituyendo así, una motivación *in aliunde* de la propuesta de resolución de adjudicación adoptada por la mesa, que luego puede hacer suya el órgano de contratación (1461).

También se podrán requerir informes a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales.

(1459) 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.

(1460) Informe JCCPE número 69/2018, de 10 de octubre, y Resolución del TACRC número 1288/2019, de 11 de noviembre.

(1461) Resoluciones del TACRC números Resolución 391/2019, de 17 de abril, y 1319/2019, de 18 de noviembre.

La propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.

Del acto o actos que acuerde la mesa de contratación, según lo ya señalado en los párrafos anteriores, se levantará la 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 (1462). 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». Respecto a dicha expresión, la cuestión estribará en determinar a quiénes se refiere este precepto. En este sentido, la mesa de contratación es un órgano administrativo colegiado que, como tal, en sus actas solo pueden aparecer las manifestaciones u observaciones hechas por sus miembros, lo que, sin embargo, no impedirá que, para que el acta sea un «reflejo fiel» de lo sucedido, puedan recogerse las observaciones hechas los licitadores siempre, eso sí, según el criterio de los miembros de la misma mesa de contratación. Por tanto, deberá hacerse constar todo lo que, a juicio de la mesa, «fielmente» hubiera acaecido en el acto o actos programados por la mesa. Dicho 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.

8. Criterios de desempate

Hasta la promulgación de la LCSP, la determinación de las reglas aplicables para resolver situaciones de empate en las ofertas de los licitadores solo estaba regulada respecto de la subasta (procedimientos de adjudicación con un único criterio de adjudicación, el precio), al disponer el artículo 87.2, in fine, del RGTRLCAP que, en las subastas, si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación mediante sorteo.

El artículo 147 de la LCSP responde a la necesidad de suplir la laguna legal existente respecto de los empates que puedan producirse en los procedimientos de contratación con varios criterios de adjudicación, y a la conveniencia de establecer una regulación general, actualizada y acorde con los criterios sociales de la Directiva 2014/24/UE.

(1462) Informe JCCA número 54/2010, de 15 de diciembre de 2011.

En este sentido, el mencionado artículo 147.1 permite a los órganos de contratación establecer en sus pliegos criterios específicos de desempate, vinculados al objeto del contrato y referidos a alguno de los aspectos sociales que en dicho apartado se enumeran, para los supuestos en los que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas (1463).

La regulación citada, que resulta aplicable a todo tipo de procedimientos de contratación de los Poderes Adjudicadores Administraciones Públicas, y, de acuerdo con dispuesto en los artículos 317 y 318 b) de la LCSP, a los contratos SARA y NO SARA de los Poderes Adjudicadores no Administraciones Públicas (1464), es la siguiente:

- Han de recogerse, como criterios específicos, en los pliegos de cláusulas administrativas.
- Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- La documentación acreditativa será aportada por los licitadores en el momento en que se produzca el empate, y no con carácter previo., es decir, en el momento previo al trámite del artículo 150.2 de la LCSP cuando la mesa de contratación debe dirimir qué licitador es el que ha presentado la mejor oferta.

(1463) Informe JCCPE número 81/2021 en el que señala que «No resulta conforme con la LCSP que, en un procedimiento de adjudicación que prevea una pluralidad de criterios de adjudicación, en el momento de la valoración de los criterios de adjudicación mediante la aplicación de fórmulas se mantenga la ponderación por grupos de modo que, si en uno de los criterios se produce un empate, no se tenga en cuenta dentro de su grupo, y la puntuación asignada al mismo pase a acrecer a la del resto de criterios integrados en su categoría». Indica, para llegar a dicha conclusión, una cuestión especialmente interesante en los siguientes términos: «El empate en la puntuación como consecuencia de la valoración de un criterio de los cuantificables automáticamente, resultando con ello que dicha valoración resulte irrelevante para determinar el adjudicatario final del procedimiento, dando lugar a que sea la valoración conforme a los demás criterios la que determine el adjudicatario final, es una posibilidad acorde con la LCSP, y para lo cual resulta útil precisamente la previsión en el procedimiento de una pluralidad de criterios de adjudicación. Es más, la posibilidad del empate entre dos o más ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en el pliego –uno o varios y del tipo que sea– está expresamente prevista en el artículo 147 de la LCSP, que regula la posibilidad del establecimiento en los pliegos de determinados criterios específicos para el desempate o, en su defecto, la aplicación de los criterios legales previstos en su apartado 2, lo cual fue analizado por esta Junta Consultiva en su informe de 16 de marzo de 2020 (expediente 48/19)».

(1464) Informe de la Abogacía General del Estado de 17 de enero de 2018. Resultando significativo que sistemáticamente se ubique inmediatamente después del artículo 146, relativo a la aplicación de los criterios de adjudicación, y se incluya en la Subsección 1.ª de la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo.



- Se referirán, con carácter general, a alguno de los siguientes aspectos:
 - Al porcentaje de trabajadores con discapacidad (1465) 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.
 - A las medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, incluidas en las proposiciones presentadas por las empresas al vencimiento del plazo de presentación de ofertas.
 - Al cumplimiento de los requisitos establecidos para las empresas de inserción en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.
- Se referirán, para determinados tipos de contratos, a alguno de los siguientes aspectos:
 - En los contratos de servicios 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.
 - En los contratos de suministro que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo, las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo.

En defecto de previsión expresa en los pliegos, el artículo 147.2 establece una serie de criterios sociales (1466), que habrán de aplicarse por su orden para resolver el desempate y referenciados al plazo de finalización del plazo de presentación de proposiciones, mencionando la regla del sorteo, en último término, cuando la aplicación de los anteriores criterios no hubiera permitido dirimir el mismo.

En relación «al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas», a que se refiere el inciso final del párrafo primero del artículo 147.2, a juicio de los autores de esta obra, hay que considerar que está refiriéndose no a un determinado *dies a quo* sino al final del cómputo de un período, es decir, está fijando un *dies ad*

(1465) 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.

(1466) 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.



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 (hasta tal punto, por ejemplo, que no se incluye en el cálculo del valor estimado del contrato a tenor del artículo 101 de la LCSP), 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(1470).

Por lo tanto, para que pueda resultar procedente la fijación de un criterio de adjudicación en los términos señalados, será preciso advertir si concurren las siguientes condiciones:

- Que una vez advertido que en los PCAPS se recoge la revisión de precios, como señala el artículo 103.4 de la LCSP, habrá de estarse al contenido de las cláusulas pactadas y, las mismas, deben ser interpretadas restrictivamente.
- Que será posible la introducción de cláusulas en las que el contratista renuncie expresamente a la revisión de precios(1471), siempre que sus términos y motivación fueran aceptados voluntariamente por el licitador(1472), a tenor de lo previsto en la LCSP y en el principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del Código Civil, por lo que habrá que atender a lo convenido a tal efecto en cada específico supuesto y al momento de la formalización o de la adjudicación, como momentos de perfección del contrato(1473).

10. Experiencia

Del mismo modo que acaba de comentarse la posibilidad de fundamentar un criterio de adjudicación sobre el porcentaje de renuncia o minoración de la revisión de precios que aparece recogida en el corresponde contrato, se ha planteado si pudiera resultar adecuado contemplar en los PCAPS un criterio basado en la experiencia de los licitadores.

Como ya se ha señalado en esta obra, en principio, se debe tratar de evitar, en la medida de lo posible, acudir a la fijación de un criterio de adjudicación fundamentado en la experiencia porque se orienta generalmente hacía los requisitos de admisión, es decir, hacia los requisitos de capacidad y aptitud para contra-

(1470) STS de 18 de marzo de 1999, citada en la SAN de 10 de julio de 2013.

(1471) STS de 22 de marzo de 1985.

(1472) SSTS de 30 de junio de 2009, de 21 de julio y de 22 de noviembre de 2011.

(1473) STS de 11 de diciembre de 1991.

tar (1474). En este sentido, cabe recordar que, según se desprende de las Directivas comunitarias sobre Contratación Pública y de las normas españolas de transposición, la experiencia es un requisito a través del cual el licitador puede justificar la solvencia del empresario (1475). A igual conclusión se llega de la mano de la jurisprudencia del TJUE (1476), 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 ejecución de un contrato es un criterio legítimo de capacidad técnica para verificar la aptitud de los empresarios.

No obstante, el artículo 145.2.2.º de la LCSP dispone que, dentro de los criterios cualitativos que se contemplan en el sistema de calidad-precio, podrá incluirse los relativos a la organización, cualificación y 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. Ello quiere decir, a juicio de los autores de esta obra, que para que pueda incluirse la experiencia como criterio de adjudicación deberán cumplirse los requisitos exigidos para la validez de todo criterio de adjudicación contenidos en el artículo 145.5 de la LCSP, es decir, deberán estar vinculados al objeto del contrato, ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, no conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, y garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva (1477).

11. Licitación desierta

El artículo 150.3, párrafo segundo, de la LCSP dispone que no podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios de adjudicación que figuren en el PCAPS.

Esta cuestión, a juicio de los autores de esta obra aunque no llega a la situación «detectivesca» que ya se ha comentado en esta obra respecto a la doctrina del «levantamiento del velo» a propósito del principio de «proposición única», sin embargo sí produce cierta perplejidad ya que imposibilita que el órgano de contratación pudiera declarar desierta una adjudicación si observase que lo aconteci-

(1474) 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.

(1475) 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.

(1476) STJUE de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87 *Beentjes*).

(1477) Resolución del TACRC número 1396/2020, de 30 de diciembre.

do durante el proceso de contratación ha ocasionado que, por ejemplo, la mejor oferta se encontrara por encima del 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 situaciones parecidas a la descrita cuando, sin embargo, paradójicamente, la propia LCSP en su artículo 102.3, párrafo primero, 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».

j) *Contratos menores*

1. Introducción

La figura del contrato menor es «un clásico» en la Contratación Pública(1478), desde que fue introducido en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Su naturaleza siempre había sido la misma; se trataba de contratos de escasa cuantía, respecto de los cuales no existía propiamente expediente de contratación, sino que bastaba con que se requiriera la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente (1479), que

(1478) TERRÓN SANTOS, D., «La racionalización técnica en la contratación pública como alternativa a los contratos menores», *Revista Española de Derecho Administrativo* número 196/2019.

La Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas llegó a señalar que uno de sus objetivos era «la potenciación de los contratos menores», para que, con el pasar de los años, también la Exposición de Motivos, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, insistiera en esa idea con el fin de «efectuar una revisión general de la regulación de la gestión contractual, a fin de avanzar en su simplificación y racionalización, y disminuir los costes y cargas que recaen sobre la entidad contratante y los contratistas particulares». Consecuencia de lo anterior, surge el que, a la postre, se haya tenido que delimitar el uso de esta figura.

(1479) Informe JCCPE número 63/2018, en la que analiza si es posible que en un contrato menor se emitan varias facturas. La cuestión que ahora se plantea ha sido objeto de atención por la JCCA en sus informes 50/1997, de 2 de marzo de 1998, y 10/1998, de 11 de junio de 1998, interpretando la redacción del entonces artículo 57 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Para la interpretación de la expresión «factura correspondiente» utilizada en el artículo 118 de la LCSP, parece oportuno acudir a los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil, del que resulta que, con el elemento literal de la interpretación de las normas jurídicas, deben entrar en juego también el elemento sistemático y, sobre todo, el elemento finalista o teleológico, habiendo quedado suficientemente razonado que, pese a la dicción literal del singular utilizado, deben prevalecer los argumentos que no

deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta LCSP establezcan, y, cuando se trate de un contrato menor de obras, se incorporará el presupuesto elaborado por la Administración, el proyecto, cuando así lo exija la normativa aplicable, y, cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra, el informe de supervisión de las oficinas o unidades de supervisión (1480), y, así mismo, el replanteo previo, y el estudio de seguridad y salud o el estudio básico de seguridad y salud (1481).

La LCSP introdujo, en su redacción originaria, una serie de consideraciones que eran desconocidas hasta ese momento. El artículo 118 disponía lo siguiente:

- En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato.
- En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación (1482), y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el artículo 118.1 de la LCSP. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidas las obras, los suministros o los servicios que 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; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial (supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º de la LCSP).

Desde la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018, comenzaron a surgir muy diferentes interpretaciones sobre los nuevos requisitos que se habían

excluyen la posibilidad de emitir diversas facturas durante la ejecución del contrato menor. En definitiva, si se cumplen los requisitos que el artículo 118 y concordantes de la LCSP establecen para la existencia y legalidad de los contratos menores, no existiría limitación para aplicar el régimen de pagos que se pacte según las reglas generales aplicables a todos los contratos, permitiéndose, en consecuencia, la presentación de más de una factura.

(1480) Artículo 235 de la LCSP.

(1481) Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

(1482) De este modo, se trataba de evitar el verdadero «caballo de batalla» del contrato menor consistente en que, a través de esta figura, se produzca un fraccionamiento indebido del objeto del contrato para eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que debería emplearse de no haberse producido dicho fraccionamiento.



introducido (1483) que, lógicamente, crearon un caldo de cultivo propicio al fomento de la inseguridad jurídica.

En la situación descrita, como ya se ha señalado en esta obra, el artículo 332.7.d) de la LCSP confiere a la OIRESCON la competencia para «aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, si de la supervisión desplegada se dedujese la conveniencia de solventar algún problema, obstáculo o circunstancia relevante a los efectos de dar satisfacción a los fines justificadores de la creación de la Oficina. Las instrucciones y las recomendaciones serán objeto de publicación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, las instrucciones de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector público del Estado». Dicho precepto tiene el carácter de legislación básica a tenor de la disposición final primera de la citada ley.

La supervisión que estaba realizando la OIRESCON ya ponía de manifiesto, entre otros aspectos, que existían incumplimientos de lo previsto en el artículo 118 de la LCSP, en relación con la ausencia del informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, a la justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación (posible fraccionamiento con vulneración del artículo 99.2 de la LCSP), y al incumplimiento por parte del órgano de contratación de justificar que el

(1483) Por ejemplo, los siguientes:

Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Informe JCCPE número 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 3.º del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.



añadiendo un nuevo apartado, en el que se indica que el informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales comunitarios, no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro sistema similar (1487), siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros.

Respecto de dicha excepción, cabe advertir que la regulación de los anticipos de caja fija es un sistema ágil de pagos de determinadas obligaciones, cuyo establecimiento viene motivado por razones de eficacia y eficiencia administrativa, adecuado a la propia naturaleza de los gastos a satisfacer y a su cuantía menor, resultando imprescindible para el normal desenvolvimiento de la actividad de las entidades públicas (1488). La LCSP, en diversos artículos se hace eco de estas características al hilo de la regulación de determinadas obligaciones de publicación y remisión de información de los contratos, precisamente para exceptuar los contratos menores que utilicen este sistema de pago (artículos 63.4, referi-

iniciar la tramitación de su modificación en línea con la doctrina sentada sobre el citado precepto por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

b) Entre tanto, ambas partes consideran que el penúltimo inciso del artículo 4.2 de la Ley 3/2011, referente a que “los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento”, ha de interpretarse de conformidad con lo dispuesto en la legislación básica estatal en materia de contratación pública y, en especial, de acuerdo con el artículo 99.2 de la Ley 9/2017, de manera que la publicación de un anuncio de licitación de un contrato menor no obsta para la aplicación de la prohibición de fraccionar el objeto del contrato con la finalidad fraudulenta de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan. 2.º En razón al acuerdo alcanzado ambas partes coinciden en considerar resueltas las discrepancias manifestadas y, en consecuencia, concluida la controversia planteada».

(1487) A juicio de los autores de esta obra, se considera un sistema análogo al sistema de anticipo de caja fija el establecido en la Orden de 23 de septiembre de 1999, por la que se desarrolla el Real Decreto 2723/1998, de 18 de diciembre, por el que se regula la autonomía en la gestión económica de los centros docentes públicos no universitarios.

(1488) El Real Decreto 725/1989, de 16 de junio, en su artículo 1 relaciona a título ejemplificativo «los referentes a dietas, gastos de locomoción, material no inventariable, conservación, tracto sucesivo y otros de similares características». Desde el punto de vista cuantitativo los límites son fijados en su artículo 2 de la misma norma que dispone que «cuando el sistema de anticipos de caja fija se haya establecido en un Ministerio u Organismo autónomo, no podrán tramitarse libramientos aplicados al presupuesto a favor de perceptores directos, excepto los destinados a reposición del anticipo, por importe inferior a 600 euros, con imputación a los conceptos a que se refiere el artículo anterior» (créditos del capítulo destinado a gastos corrientes en bienes y servicios de los presupuestos de gastos) y que «no podrán realizarse con cargo al anticipo de caja fija pagos individualizados superiores a 5.000 euros, excepto los destinados a gastos de teléfono, energía eléctrica, combustibles o indemnizaciones por razón del servicio».



do al perfil de contratante, 335.1, sobre la remisión de contratos al Tribunal de Cuentas, y 346.3 *in fine*, referido al Registro de Contratos del Sector Público).

- Por otro lado, la disposición final segunda del Real Decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de la Ciencia, la Tecnología, la Innovación y la Universidad, modificó la disposición adicional quincuagésima cuarta sobre «Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación» que quedó redactada del siguiente modo:

«Atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta Ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

A estos efectos, se entienden comprendidos entre los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Universidades públicas, los organismos públicos de investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud.

En los contratos menores que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000 euros».

2. Ámbito de aplicación subjetivo

Aunque esta Parte se ocupa de comentar las «Normas aplicables a la Contratación de un Poder Adjudicador Administración Pública», resulta obligado, a juicio de los autores de esta obra, realizar un breve comentario respecto a la figura del contrato menor respecto del ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP.

El artículo 118 de la LCSP se encuentra incluido dentro del Libro Segundo «De los contratos de las Administraciones Públicas». De acuerdo con ello, se trata de una figura aplicable a los Poderes Adjudicadores Administraciones Públicas (1489).

Así mismo, los Poderes Adjudicadores No Administraciones Públicas, a tenor del artículo 318.a) de la LCSP, cuando celebren contratos privados NO SARA de 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 directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

Por lo que se refiere a las entidades No Poderes Adjudicadores, el artículo 321.1 y 2.a) de la LCSP disponen que la adjudicación se llevará a cabo de acuerdo con las instrucciones 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, pero permite que, si aplicar tales instrucciones, se puedan adjudicar 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 servicios y suministros, adjudicando directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

Por lo tanto, dado que en el caso de los Poderes Adjudicadores No Administraciones Públicas y de los No Poderes Adjudicadores, se hace la misma referencia que realiza el artículo 131.3 de la LCSP, en relación con que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, a juicio de los autores de esta obra, debe realizarse una aplicación supletoria, en la medida que sea posible, de la regulación prevista para la celebración de este tipo de contratos por un Poder Adjudicador Administración Pública.

Por otro lado, como ya se ha señalado, a raíz de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de

(1489) Resolución de 18 de mayo de 2021, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización número 1361 de la contratación menor celebrada por los ayuntamientos de más de 500.000 habitantes, ejercicio 2016 (BOE número 207, de 30 de agosto) centró sus conclusiones en los siguientes aspectos: III.4.1. Cumplimiento de los límites cuantitativos y temporales de la contratación menor. III.4.2. Supuestos de posible fraccionamiento del contrato. III.4.3. Contenido de los expedientes de contratación. III.4.4. Ejecución de los contratos, recepción o certificación, facturación y pago. III.4.5. Acuerdos marco y contratos menores derivados de los mismos. III.4.6. Observancia de la normativa reguladora de la transparencia. III.4.7. Cumplimiento de la normativa para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

la Ciencia, la Tecnología, la Innovación y la Universidad, por la que se modificó la disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP sobre «Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación», se ha planteado si resulta aplicable a una entidad que sufrague los gastos o costes de una actividad de investigación científica y técnica o de innovación realizadas por otro agente del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, o aporte los recursos económicos necesarios para la realización de dichas actividades, actuando como agente de financiación del meritado sistema. La respuesta ha de ser negativa porque la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, en su artículo 3 delimita los distintos tipos de agentes que componen el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, distinguiendo, a tenor de sus funciones, entre agentes de financiación, de ejecución, o de coordinación.

De acuerdo con la anterior distinción, la disposición adicional quincuagésima cuarta solo se aplica a las entidades que desarrollan las actividades que son propias de los «agentes de ejecución» del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, tal como han sido concretadas en el artículo 3.4 de la citada Ley 14/2011, esto es, la realización o la prestación de soporte especializado a la investigación científica y técnica o a la innovación. Sin duda, esta conclusión se puede considerar clara a la vista de las diferentes entidades que son expresamente mencionadas en la citada disposición adicional de la LCSP, pues todas ellas realizan este tipo de actividades. Tales entidades son las Universidades públicas, los organismos públicos de investigación, las fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones Públicas, las Fundaciones de Investigación Biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud (1490).

3. Ámbito de aplicación objetivo

Teniendo en cuenta la observación ya formulada en el apartado anterior, en relación con la procedencia de realizar, a juicio de los autores de esta obra, un breve comentario respecto a la figura del contrato menor respecto del ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP, es obligado advertir que el objeto de estos contratos presenta ciertas particularidades.

En primer lugar, cuando el contrato menor sea desarrollado por un Poder Adjudicador Administración Pública, cabe realizar las siguientes consideraciones:

- Respecto de los contratos administrativos, su objeto queda ceñido a los contratos de obras, de suministros y de servicios, toda vez que ya no se hace refe-

(1490) Informe JCCPE número 39/2020.

rencia, como sí se hacía en el artículo 138.3, párrafo segundo, del TRLCSP, a «otros contratos». Ello quiere decir que, por ejemplo, en la contratación de los servicios de cafetería, no sería posible celebrar un contrato menor de concesión de servicios porque el artículo 118 no las menciona, y, además, por la propia naturaleza de las prestaciones que les son propias y por su complejidad intrínseca (1491).

El artículo 308.2, párrafo primero, de la LCSP dispone 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 (1492).

Por último, a juicio de los autores de esta obra, 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 a «las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores», salvo la relativa a la duración de este contrato en relación con la del contrato menor que tendrá su importancia desde el punto de vista que se analiza a continuación (1493).

- En relación con su aplicación a los contratos privados (1494), baste como ejemplo, el caso de un contrato de interpretación artística y espectáculos, en el que la retribución del contratista, aparte de su «caché», esto es, de la cotización de un artista del espectáculo o de ciertos profesionales que actúan en público, se abona en base al derecho a cobrar del público asistente un precio, le será de aplicación las normas de procedimiento relativas al contrato menor, de conformidad con lo previsto en el artículo 26.2 de la LCSP, en la medida en que se encuentran ubicadas en el Libro Segundo de la LCSP, siempre que respete el umbral económico y demás requisitos previstos para ellos (1495).

En segundo lugar, en los contratos menores de naturaleza privada celebrados por un Poder Adjudicador No Administración Pública, su objeto no solamente comprenderá obras, servicios y suministros, como un Poder Adjudicador

(1491) Informes JCCPE números 87/2018 y 1/2019.

(1492) En relación con 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).

(1493) Informe de la Junta Consultiva de Aragón número 3/2018, de 13 de febrero.

(1494) Informes JCCA números 67/1996, de 18 de diciembre, 47/1998, de 2 de marzo, y 18/2007, de 26 de marzo.

(1495) Informe JCCPE número 129/2018.

Administración Pública, sino que podrá extenderse a contratos cuyo objeto sea coincidente con el de los contratos de concesión de obras y de servicios.

Por último, en los contratos menores de naturaleza privada celebrados por un No Poder Adjudicador, a diferencia de lo que se acaba de señalar para un Poder Adjudicador No Administración Pública, su objeto, como en el caso de un Poder Adjudicador Administración Pública, solamente comprenderá obras, servicios y suministros.

4. Valores estimados

El artículo 118.1 de la LCSP dispone, en general, que 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 (1496), sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

Por su parte, como ya se ha indicado, la disposición adicional quincuagésima cuarta de la LCSP, sobre «Régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación», dispone que, como excepción al límite previsto en el artículo 118, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50.000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.

En relación con el cálculo del valor estimado de un contrato menor de servicios, no cabe hacerlo en función de la cifra de negocio del contratista, puesto que este es un parámetro propio de los contratos de concesión de obras o de servicios toda vez que la determinación del importe neto de dicha cifra que, de modo estimado generará la empresa concesionaria durante la vida de la concesión, es relevante, entre otras cosas, para la asunción del riesgo operacional, y, por ello, se torna como el elemento central de cualquier análisis que se pueda realizar a los efectos

(1496) En relación con dichos umbrales resulta necesario tener en cuenta que, a juicio de los autores de esta obra seguramente por un olvido en la redacción 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, 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 con los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia, cuando debería hacerse extensivo no solo al apartado 4 sino también al 131.3 del mencionado precepto que se remite al citado artículo 118.1 de la LCSP.

de determinar el valor estimado del contrato. Por ello, para determinar el valor estimado de un contrato de servicios habrá de atenderse a la norma legal y, concretamente a las reglas contenidas en el artículo 101 de la LCSP (1497).

5. Requisitos mínimos

La disposición final primera.3, párrafo tercero, de la LCSP dispone que tendrán la consideración de mínimas las exigencias que para los contratos menores se establecen en el artículo 118.1. De ello se deduce que se trata de una normativa no básica y que existe la posibilidad de que en un contrato menor se pudieran añadir trámites sobre ese contenido mínimo. Ahora bien, a juicio de los autores de esta obra, dicha exigencia adicional en ningún caso debería contrariar la propia naturaleza del contrato menor, consistente en que se exige al órgano de contratación de la tramitación de un procedimiento de selección del contratista que exija el análisis de unos criterios de selección predefinidos (1498).

En relación con este asunto, la IGAE, en su Informe de 30 de abril de 2020, ha señalado que el informe de insuficiencia de medios «no forma parte de la documentación que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 118 de la LCSP, debe integrar el expediente de los contratos menores». Para ello, basándose en diferentes Informes de la JCCA y de la JCCPE (1499), razona que del literal del artículo 118 de la LCSP se observa para un contrato menor procede una tramitación simplificada del expediente, por lo que entre la documentación que forma parte del mismo se hace referencia únicamente a la emisión de un informe justificativo de la necesidad del contrato y de que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos para la tramitación como contrato menor, a la aprobación del gasto, y a la incorporación al mismo de la factura correspondiente.

En relación precisamente al concepto y extensión de la expresión «factura correspondiente», se ha planteado si resulta posible que, relacionado con un mismo contrato menor, se expidieran varias facturas (1500). En este sentido, cabe indicar que, si se cumplen los requisitos que el artículo 118 y concordantes de la LCSP establecen para la existencia y legalidad de los contratos menores, no existiría limitación para aplicar el régimen de pagos que se pacte según las reglas generales aplicables a todos los contratos, permitiéndose la presentación de más de una factura. Esta postura se fundamenta en que, en primer lugar, el régimen de pagos en los contratos menores no ha merecido ninguna norma espe-

(1497) Informe JCCPE número 8/2020.

(1498) Informe JCCPE número 8/2016.

(1499) Informes JCCA números 40/1995, 13/1996, 10/1998 y 12/2002, e Informes JCCPE números 21/2016, y 40/2018.

(1500) Informes JCCA números 50/1997, y 10/1998, e Informe JCCPE número 63/2018.

cífica y distinta en la LCSP por lo que, en virtud del principio de libertad de pactos del artículo 34, es perfectamente ajustado a la normativa vigente pactar abonos a realizar en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado, en particular, cuando lo exija el ritmo requerido en la ejecución del contrato menor, al igual que sucede en el resto de los contratos regulados en la LCSP que no tienen la consideración de menores. En segundo lugar, en que el artículo 118 de la LCSP y concordantes no excluyen la posibilidad de establecimiento de pagos parciales o anticipos en función de la prestación ejecutada. Por último, en que para determinar el sentido de la expresión «factura correspondiente» utilizada en el artículo 118 de la LCSP, a tenor del artículo 3.1 del Código Civil, que acude al elemento sistemático y, sobre todo, el elemento finalista o teleológico, hay que concluir que, pese a la dicción literal del singular utilizado, deben prevalecer los argumentos que no excluyen la posibilidad de emitir diversas facturas durante la ejecución del contrato menor.

6. Duración

El artículo 29.8 de la LCSP dispone que los contratos menores definidos en el artículo 118.1 no podrán tener una duración superior a 1 año ni ser objeto de prórroga. Ello no impedirá que el contrato menor pueda tener carácter plurianual, al comprender su duración dos ejercicios presupuestarios distintos.

No obstante, como ya se ha analizado en esta obra, la disposición final primera, Uno de la Ley 9/2022, de 14 de junio, de Calidad de la Arquitectura, ha adicionado un apartado tercero al artículo 29.7 de la LCSP en virtud del cual los contratos menores de dirección de obras podrán tramitarse también como contratos menores, aun cuando su duración exceda del año previsto en el artículo 29.8 de la LCSP, siempre que cumplan los requisitos previstos en el artículo 118 de esta ley, que su duración no exceda de 30 meses y que el exceso sobre el año de duración venga justificado exclusivamente por la duración del período de garantía establecido en el contrato de obras principal y los trabajos relacionados con la liquidación de dicho contrato principal.

No podrá emplearse el procedimiento del contrato menor para satisfacer necesidades recurrentes, periódicas y previsibles, sino, únicamente, cuando se trate de necesidades puntuales, concretas y perfectamente definidas.

7. Objeto

El artículo 118.2 de la LCSP dispone que en los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el artículo 118.1.

Respecto a dicha exigencia, se ha acuñado el concepto de «similitud y equivalencia» del objeto del contrato entre contratos menores, para determinar si dos contratos tienen objetos equivalentes, que se fundamenta en el «unidad funcional u operativa» (1501). A tal fin, se entenderá que existe esta unidad cuando entre los diferentes objetos de los diferentes contratos menores exista un vínculo operativo, de modo tal que resulten inseparables para el logro de una misma finalidad, o cuando sean imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato. Correlativamente, no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada «unidad funcional u operativa». Esta circunstancia ha de ser valorada, en exclusiva en vía administrativa, por parte del órgano de contratación de modo que, aunque las prestaciones pudieran presentar similares, podrán celebrarse contratos independientes entre sí (1502).

8. Procedimiento de adjudicación

El artículo 131.3 de la LCSP dispone que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, 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 (1503), cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118.

A tenor del artículo 103.5 de la LCSP, este tipo de contratos no admitirá, en ningún caso, revisión de precios.

Aunque la LCSP no lo exige (1504), se considera una buena práctica, como consecuencia del principio de competencia y medida antifraude y de lucha contra la corrupción, que los órganos de contratación cursen invitación para presentar oferta, al menos, oferta a 3 empresas con capacidad para la realización del objeto del contrato, salvo en caso de que ello no fuera posible, en cuyo caso, deberá incorporarse al expediente justificación motivada de tales circunstancias.

En relación con dichas invitaciones, se ha planteado si a los contratos menores sería posible aplicarles lo previsto para los procedimientos negociados sin publicidad consistente en que, si unos licitadores no invitados solicitaran

(1501) Informes JCCPE números 1/2009, 31/2012, 15/2016, y 86/2018.

(1502) Informe JCCPE número 111/2018.

(1503) Resoluciones del TACRC números 8/2011, de 2 de febrero, 16/2012, de 13 de enero, y 37/2012, de 3 de febrero.

(1504) Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

serlo, el órgano de contratación debería acceder a ello. Respecto de dicho asunto, a juicio de los autores de esta obra, no habría problema en que se hiciera extensiva dicha invitación a esos nuevos licitadores, siempre que reunieran, a juicio del órgano de contratación, los requisitos del artículo 131.3 de la LCSP, es decir, que contaran con capacidad de obrar y con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118. Sin embargo, sí se excluye que el órgano esté obligado a aceptar ofertas de terceros que no han sido previamente requeridos para ello (1505).

Se remitirán las invitaciones para la formulación de ofertas con indicación del plazo de presentación, que será proporcional a la dificultad para su formulación, y, en general, acompañadas de los pliegos, debiendo quedar constancia en el expediente de las invitaciones cursadas y de las ofertas recibidas.

Las ofertas se presentarán por los medios reflejados en la invitación y dentro del plazo conferido a tal efecto, no admitiéndose aquellas que se presenten una vez este haya transcurrido.

En el caso de que la documentación presentada fuese incompleta, tuviese defectos o requiriese aclaraciones, se concederá un plazo de 3 días hábiles para que se subsanen o corrijan, a tenor del artículo 81.2 del RGTRLCAP.

Recibidas las ofertas serán valoradas de acuerdo con los pliegos y se procederá a dictar el acuerdo de adjudicación a favor de la mejor oferta. En el caso de que no concurra ningún licitador o las ofertas presentadas resulten inaceptables, se declarará desierto el procedimiento.

Los contratos menores se perfeccionan, 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 (artículos 36.1 y 37.2 de la LCSP).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 153.2 de la LCSP, quedará acreditada la existencia del contrato con los documentos a los que se refiere el artículo 118, los cuales integrarán el expediente de contratación. En relación al citado asunto, el artículo 72.1.g) del RGTRLCAP(1506), que continúa vigente a juicio de los

(1505) Informe JCCPE número 8/2020.

(1506) 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».

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, dada la naturaleza flexible y simplificadora del régimen jurídico de los contratos menores (1507).

9. Ejecución

Notificado el acuerdo de adjudicación, se iniciará la ejecución del contrato. En el caso de los contratos de obras, previo al inicio de su ejecución se procederá al levantamiento del acta de comprobación del replanteo y a la aprobación por el órgano de contratación del Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo elaborado por el contratista.

La ejecución del contrato se realizará conforme a lo señalado en los pliegos y en la oferta aceptada por el órgano de contratación.

Finalizado el plazo de duración del contrato o ejecutada la obra, servicio o suministro en tiempo y forma, el órgano de contratación procederá a comprobar el cumplimiento de las prestaciones en los términos reflejados en las condiciones técnicas y en la oferta y, en el caso de los contratos de obras, en el presupuesto o en el proyecto procediendo a la recepción formal del mismo comenzando a computar desde esa fecha el plazo de garantía en el caso de que se hubiese señalado.

En el caso de los contratos de obras, es muy interesante que se prevea la realización, además, de una relación valorada de las unidades efectivamente ejecutadas.

10. Publicidad

La publicidad del contrato menor se efectuará, al menos trimestralmente, a través del perfil de contratante, a tenor de los artículos 118.6 y 154.5 de la LCSP. La LCSP en su artículo 1, que recoge una idea que resulta asimismo patente en el artículo 18 y en los artículos 48 y siguientes, así como en el Considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE, considera que la publicidad y la transparencia de los procedimientos contractuales son principios a los que necesariamente debe ajustarse la contratación pública. Como ya se ha señalado en esta obra, esta regla tiene su origen y fundamento en la LTAIP que dispone en su artículo 5 que, como regla general, los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación deberán publicar, de forma periódica y actualizada, la información cuyo conocimiento

(1507) Informe JCCA número 17/2005, de 29 de junio.

sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.

Además de ello, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, establece en su artículo 4.5 la obligación de las Administraciones y organismos del Sector Público de crear sistemas de gestión documental que permitan a los ciudadanos la adecuada recuperación de la información.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, queda claro que aunque la mera publicación trimestral de los datos mínimos exigidos por la LCSP, ordenados por adjudicatario, puede suponer el cumplimiento formal de alguna de las condiciones establecidas en el artículo 63.4 de la LCSP, en esta cuestión intervienen más normas que demandarían el establecimiento de una forma de publicación en un formato abierto y reutilizable que permita un acceso más adecuado a la información sobre los contratos menores (1508).

Por último, en relación con el momento en que debe efectuarse la publicación de los contratos menores, si debe coincidir con la resolución de adjudicación o con la orden de pago de la factura, es preciso indicar que deberían incluirse en cada publicación trimestral todos los contratos menores que se hayan celebrado en ese periodo, incluyendo todos aquellos en que se haya aportado la factura al expediente, por constituir una prueba de la realización del contrato. Si el contrato menor tuviese una duración continuada en el tiempo, dentro del límite legal de 1

(1508) Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la JCCPE a los órganos de contratación en relación con la forma de publicación de los contratos menores, apunta que podrían adoptarse alguna de las siguientes medidas:

1. Introducir los datos en un sistema que tenga una arquitectura que permita estructurar y agregar los datos de manera que se pueda tener un acceso suficiente conforme a los pedimentos legales. Aunque pudieran existir otros sistemas, lo cierto es que la PCSP ofrece una funcionalidad específica, un servicio concreto de publicación de los contratos menores, que va más allá del simple perfil de cada órgano de contratación.
2. Realizar una publicación en el perfil del contratante que ofrezca una información suficiente a los ciudadanos y cumpla todos los requisitos legales:
 - Que dé acceso público a los datos legalmente exigidos en su integridad y de modo que quepa ordenarlos por adjudicatario.
 - Que use formatos abiertos y reutilizables.
 - Que la información, al estar estructurada, no debería limitarse a ofrecer datos trimestrales, aunque temporalmente este sea el plazo máximo en el que se deben publicar los datos, sino que debería garantizar que se ofrece una información entendible, estructurada y clara sobre cualquier periodo de tiempo, sea este mayor o menor que el trimestre, que permitiese acceder a los datos de forma agregada y realizar una consulta pública coherente y suficiente.
 - Que cumpla el resto de las obligaciones legales que impone la Ley de Transparencia.



año, la publicación procedería desde el momento en que se haya emitido la primera de las facturas, pues la misma acredita la existencia del contrato a los efectos de su publicidad, sin que sea necesario esperar a que el contrato esté terminado para que exista constancia de su existencia en los términos establecidos legalmente.

Esta interpretación que ha mantenido la JCCPE (1509) no resulta coincidente con la manifestada por la OIRESCON (1510) que se fija, como momentos relevantes a los efectos de la publicación de los contratos menores, el del compromiso del gasto y el de la comunicación de la adjudicación al contratista. Aunque las instrucciones de la OIRESCON «serán obligatorias para todos los órganos de contratación del Sector Público del Estado» (artículo 332.7.d. de la LCSP), a juicio de los autores de esta obra, el criterio de la JCCPE es mucho más funcional de modo que permite al órgano de contratación tener una clara regla interpretativa a seguir.

11. Contratos de naturaleza especial

La LCSP regula dos tipos de contratos que comparten naturaleza con los contratos menores.

Por un lado, el artículo 131.4 dispone que en los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, no serán de aplicación las disposiciones de la LCSP relativas a la preparación y adjudicación del contrato sino que, para proceder a la contratación en estos casos, bastará con 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.

Por otro lado, la disposición adicional novena.1 de la LCSP establece que 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, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos SARA, de acuerdo con las normas establecidas en la LCSP para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a

(1509) Informe JCCPE número 46/2018.

(1510) Instrucción 1/2019, de 28 de febrero de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

6. FASE EXTERNA: ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A. Planteamiento general

El artículo 117.1 de la LCSP dispone que, 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 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.

Ello quiere decir que una vez que el expediente de contratación ha sido aprobado por el órgano de contratación se inicia la fase externa, en la que empieza a tomar cuerpo lo previsto en la fase interna en la que, como ya se ha señalado en esta obra, ha debido de quedar perfectamente determinada la estrategia contractual.

En esta fase, se trata de comunicar al tráfico jurídico, por un lado, que el Poder Adjudicador Administración ha decantado su voluntad de celebrar un determinado contrato y, por otro, que se ha autoimpuesto en los pliegos de cláusulas administrativas o en el contrato una determinada hoja de ruta con el fin de seleccionar al contratista que haya presentado la mejor oferta. Dentro de esa hoja de ruta, resulta fundamental la elección que el órgano de contratación haya hecho sobre el procedimiento de adjudicación que va a utilizar para seleccionar la mejor oferta.

El artículo 131.2 de la LCSP dispone que la adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento. En los supuestos del artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación, y en los indicados en el artículo 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación. El artículo 131.5 de la LCSP señala que en los concursos de proyectos se seguirá el procedimiento regulado en los artículos 183 a 187 de la LCSP.



De acuerdo con lo ya analizado en esta obra, la metodología que utiliza la LCSP, fundamentada en base a la tipología y al valor estimado del contrato, impulsa a la aplicación de los procedimientos de adjudicación ordinarios, el procedimiento abierto o el restringido, salvo que la propia Ley disponga algo expresamente o que el órgano de contratación acuerde aplicar motivadamente un procedimiento de adjudicación excepcional. Por este motivo, al amparo de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos a los que se refiere el artículo 1.1 de la LCSP, el artículo 63.3.a) de la LCSP establece que deberá publicarse en el perfil de contratante «la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido» (1511).

B. Procedimientos abiertos

a) Introducción

Este procedimiento de adjudicación, a pesar de las importantes modificaciones que se han introducido en la LCSP, sigue conservando su naturaleza de ser 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 DEUC en el procedimiento abierto ordinario (1512) y, en su caso, la declaración responsable que fuera precisa sobre determinados extremos que pudieran no estar comprendido en el mismo, o, en el procedimiento abierto simplificado, la certificación de estar inscrito en el ROLECE del Sector Público, o cuando proceda en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma (1513), y su correspondiente proposición en los términos del artículo 139 de la LCSP.

En relación con la inscripción en el ROLECE o en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, no cabe su sustitución por el efectuado en un registro voluntario de licitadores constituido por un determinado órgano de contratación porque estos, reconocidos por el artículo 71 de la Ley 53/2002,

(1511) 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.

(1512) Artículo 140.1.a) de la LCSP.

(1513) Artículo 159.4.a) de la LCSP. Informe JCCPE número 50/2019 en la que señala que en los procedimientos de adjudicación de los artículos 159.4 (abierto simplificado) y 159.6 (abierto simplificado abreviado), le son de aplicación las reglas sobre contratación electrónica obligatoria establecidas en la citada Ley (Informes 1/2018, 2/2018, 6/2018, y 115/2018).

de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, fueron eliminados por la implantación del ROLECE y los de las Comunidades Autónomas a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (1514).

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

1. Plazos

En primer lugar, hay que hacer una importante precisión: La LCSP, como ya se he señalado en esta obra, permite, a diferencia de la situación que mantenía el TRLCSP en el que la única manera de aligerar el cronograma de un contrato SARA era haberlo publicitado al tráfico jurídico a través de un anuncio de información previa, alcanzar idéntico objetivo, además de a través de la publicación del citado anuncio del artículo 134 de la LCSP, por medio de la declaración de urgencia del expediente de contratación, a tenor del artículo 119 de la LCSP.

En segundo lugar, es preciso indicar que los plazos que se recogen en la LCSP siempre habrán de ser considerados como «plazos mínimos», es decir, como plazos por debajo de los cuales no se puede fijar el cronograma del contrato, pero que, por encima de ellos cuando concurra alguna causa excepcional, como por ejemplo el grado de dificultad para que los licitadores puedan formalizar sus ofertas, el órgano de contratación podrá modular plazos de mayor duración.

Los artículos 156 a 158 de la LCSP regulan los plazos de presentación de proposiciones y de publicación del anuncio de licitación de la siguiente manera:

- Si el contrato fuese SARA, 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, en 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 UE. El plazo general de 35 días naturales podrá reducirse a 15 días naturales si el órgano de contratación

(1514) Informe JCCPE número 13/2020.

hubiese enviado un anuncio de información previa, siempre que se hubiese enviado para su publicación con una antelación máxima de 12 meses y mínima de 35 días naturales antes de la fecha de envío del anuncio de licitación individualizado a la Oficina de Publicaciones de la UE, o cuando, por resultar impracticable la realización del contrato en el citado plazo general de 35 días, se declare la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de urgencia del artículo 119 de la LCSP. En este último caso, la reducción del plazo, que no será inferior a 15 días, se contará desde la fecha del envío del anuncio de licitación. Si, además, el órgano de contratación aceptara, como es la regla general a tenor de la disposición adicional decimoquinta.2 de la LCSP, la presentación de ofertas por medios electrónicos, el plazo general de presentación de proposiciones podrá reducirse en 5 días naturales más. Para los contratos de concesión de obras y de servicios, solamente se podrá reducir el plazo general de 30 días, contados desde la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, si es que el órgano de contratación hubiera previsto en los pliegos, en los términos que se acaban de indicar, la presentación de ofertas por medios electrónicos.

- Si fuera un contrato de suministro y servicios NO SARA, 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.

Aparte de lo señalado, en este procedimiento de adjudicación el artículo 156.5 de la LCSP dispone 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 a que se acaba de hacer referencia en relación con contratos NO SARA.

2. Propuesta de adjudicación

El artículo 157 de la LCSP, aunque dispone que la mesa de contratación calificará la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición, realmente, a la vista del artículo 150.2 de la LCSP, se ciñe, al amparo de los artículos 140.1.a) y 141, a la comprobación de que los licitadores han presentado el DEUC, firmada por persona que ostente la correspondiente representación y comprensiva de que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, y acreditativa de 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, y de que no está incurso en prohibición de contratar por sí misma ni por extensión como consecuencia de la aplicación del artículo 71.3, y que ha procedido a designar una dirección de correo electrónico «habilitada» a efectos de notificaciones.

Posteriormente, el mismo órgano, en el mismo trámite del artículo 150.2 de la LCSP, procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario. Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen 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.

El artículo 146.2 b) de la LCSP dispone que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. En consecuencia, la vulneración de dicho precepto, por ejemplo, porque se haya efectuado una nueva valoración de los criterios sujetos a juicio de valor una vez conocidas las ofertas económicas, supondrá la nulidad del procedimiento de adjudicación (1515).

En todo caso la apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de 20 días naturales contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las mismas. Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se entenderá cumplido cuando se haya abierto, dentro del mismo, el primero de los sobres o archivos electrónicos que componen la proposición.

En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos. En relación con este último inciso, a continuación, se va a analizar su posible aplicación a la vista del artículo 159.4.d) de la LCSP, relativo al procedimiento abierto simplificado ordinario.

(1515) Resolución del TACRC número 319/2022, de 10 de marzo.

Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego. En base a dichos informes, es perfectamente ajustado a Derecho que pueda excluirse a un licitador porque el artículo 157 de la LCSP dispone que la intervención de un órgano técnico está pensada para que examine las ofertas presentadas y ofrezca un criterio a la mesa sobre la valoración de los distintos criterios dentro de los límites del pliego. Así pues, el órgano de contratación lo único que hace es basar su decisión en el contenido del informe técnico recabado para tal fin, constituyendo así, una motivación *in aliunde* de la propuesta de resolución de adjudicación adoptada por la mesa, que luego puede hacer suya el órgano de contratación (1516).

También se podrán requerir informes a las organizaciones sociales de usuarios destinatarios de la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto del contrato, a las organizaciones sindicales, a las organizaciones que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de las consideraciones sociales y ambientales.

La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.

3. Adjudicación

El artículo 158 de la LCSP dispone que cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de 15 días naturales a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones, mientras que, cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea el del menor coste del ciclo de vida (rentabilidad), 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 PCAPS. Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se computará desde el primer acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición. Los plazos indicados se ampliarán en 15 días hábiles, cuando

(1516) Resoluciones del TACRC números Resolución 391/2019, de 17 de abril, y 1319/2019, de 18 de noviembre.

sea necesario seguir los trámites del artículo 149.4 de la LCSP al tratarse de una oferta anormalmente baja.

De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y, en su caso, a la devolución de la garantía provisional.

c) Procedimiento abierto simplificado

1. Ordinario

El artículo 159.1 a 5 de la LCSP dispone que los órganos de contratación podrán acordar la utilización de un procedimiento abierto simplificado en los contratos de obras, suministros y servicios siempre que su valor estimado sea igual o inferior a 2.000.000 de euros para los contratos de obras, y inferior al valor de los contratos SARA (1517) para los contratos de suministros y de servicios (1518) a las cantidades establecidas para considerar un contrato SARA, y siempre 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 arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo a que se refiere la disposición adicional cuadragésimo

(1517) Disposición adicional undécima de la LCSP sobre «Actualización de cifras fijadas por la Unión Europea» que dispone que «Las cifras que, en lo sucesivo, se fijen por la Comisión Europea sustituirán a las que figuran en el texto de esta Ley. El Ministerio de Hacienda y Función Pública adoptará las medidas pertinentes para asegurar su publicidad». Actualmente, hasta el 31 de diciembre de 2023, rigen los umbrales recogidos en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre).

(1518) El artículo 159.a) de la LCSP por la disposición final cuadragésima, tres de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (corregida en el BOE número 94, de 20 de abril de 2021) dispone lo siguiente: «a) 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 suministro y de servicios, que su valor estimado sea inferior a las cantidades establecidas en los artículos 21.1, letra a), y 22.1, letra a), de esta Ley, respectivamente, o a sus correspondientes actualizaciones». A tenor de esta redacción, los contratos de suministro y servicios, de valor estimado igual a las cantidades previstas en los artículos 21.1, letra a), y 22.1, letra a), de la LCSP, no podrán tramitarse por procedimiento simplificado sino que, obligatoriamente, deben hacerlo por el procedimiento ordinario, cuando esta regla no se sigue para los contratos de obras. A juicio de los autores de esta obra, no tiene sentido hacer esta diferenciación de esta naturaleza.



primera de la LCSP (1519), en que su ponderación no podrá superar el 45 por ciento del total.

El anuncio de licitación del contrato únicamente precisará de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, debiendo estar a partir de este momento a disposición de los posibles licitadores, por medios electrónicos, toda la documentación necesaria para la presentación de la oferta. El plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a 15 días naturales a contar desde el siguiente a la publicación en el perfil de contratante del anuncio de licitación. En los contratos de obras el plazo será como mínimo de 20 días.

La tramitación del procedimiento se ajustará a las siguientes especialidades:

- Todos los licitadores deberán estar inscritos en el ROLECE del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 96.2 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.

A estos efectos, también se considerará admisible la proposición del licitador que acredite haber presentado la solicitud de inscripción en el correspondiente Registro junto con la documentación preceptiva para ello, siempre que tal solicitud sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas. La acreditación de esta circunstancia tendrá lugar mediante la aportación del acuse de recibo de la solicitud emitido por el correspondiente Registro y de una declaración responsable de haber aportado la documentación preceptiva y de no haber recibido requerimiento de subsanación (1520).

- No procederá la constitución de garantía provisional por parte de los licitadores.
- Las proposiciones, que deberán ajustarse al modelo que figure como anexo al pliego, deberán acompañarse de una declaración responsable del firmante respecto a ostentar la representación de la sociedad que presenta la oferta, a contar con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su

(1519) Resolución del TACRC número 1595/2021, de 12 de noviembre.

(1520) Se trata de una modificación del artículo 159.4.a) efectuada por la disposición final vigésima novena de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. A raíz de la misma, la JCCPE emitió una Nota Informativa «sobre los efectos de la Recomendación de 24 de septiembre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los órganos de contratación, en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE del artículo 159 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», en la que declara que «la Recomendación de 24 de septiembre de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a los órganos de contratación en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE del artículo 159 de la Ley 9/2018 de 8 de noviembre de contratos del sector público, queda obsoleta y por tanto sin efecto, dado que se refiere a un marco normativo que ha quedado derogado».

caso, la clasificación correspondiente, a contar con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad, a no estar incurso en prohibición de contratar, y a la existencia del compromiso de prestar la solvencia por medios ajenos (1521).

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, se deberá acompañar a la proposición el compromiso de constitución de la misma.

La oferta se presentará en un único sobre o archivo electrónico 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 o archivos electrónicos.

La apertura de los sobres o archivos electrónicos conteniendo la proposición se hará por el orden que proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 145 en función del método aplicable para valorar los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos. El Legislador incurre en una remisión indebida en el último párrafo del apartado 4 d) del artículo 159, ya que se refiere al artículo 145 de la LCSP para concretar el orden de apertura de los sobres que contengan la proposición presentada por los licitadores cuando, sin embargo, este precepto se ocupa de los «Requisitos y clases de criterios de adjudicación del contrato» no conteniendo previsión alguna sobre el mencionado orden. De acuerdo con lo señalado, la remisión correcta al orden de apertura de los sobres que contengan la proposición presentada por los licitadores ha de entenderse realizada al artículo 146, más concretamente al párrafo quinto del apartado 2.

La apertura se hará por la mesa de contratación a la que se refiere el artículo 326.6 de la LCSP.

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 7 días, debiendo ser suscritas por el técnico o técnicos que realicen la valoración.

Como acaba de señalarse, la valoración deberá estar efectuada con anterioridad a la apertura del sobre o archivo electrónico que contenga la oferta evaluable a tra-

(1521) 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.

vés de criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. En dicho acto público se procederá a la lectura (1522) del resultado de aquella.

Tras la apertura del sobre o archivo electrónico y en la misma sesión la mesa procederá a:

- Previa exclusión, en su caso, de las ofertas que no cumplan los requerimientos del pliego, evaluar y clasificar las ofertas.
- Realizar la propuesta de adjudicación a favor del candidato con mejor puntuación.
- Comprobar en el ROLECE del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el artículo 96.2 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, 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.
Si el licitador hubiera hecho uso de la facultad de acreditar la citada inscripción por medio de la presentación de la correspondiente solicitud de inscripción, siempre que sea de fecha anterior a la fecha final de presentación de las ofertas, la mesa requerirá al licitador para que justifique documentalmente todos los extremos referentes a su aptitud para contratar.
- Requerir a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación, mediante comunicación electrónica, para que, en el plazo de 7 días hábiles a contar desde el envío de la comunicación, constituya la garantía definitiva, aporte el compromiso de disposición de las capacidades de otras entidades al que se refiere el artículo 75.2, y la documentación justificativa de que dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2.

En relación con los plazos que se establecen en el artículo 159.4 de la LCSP, se ha planteado si supone una excepción a lo previsto en la disposición adicional decimoquinta.1, párrafo segundo, de la LCSP o si, por el contrario, se mantiene lo previsto en ella en función de la cual «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». En relación con el citado asunto, cabe indicar que los citados plazos no constituyen una excepción a la regla general

(1522) Resolución del TACRC número 589/2015, de 19 de junio.

establecida en la citada disposición adicional. De este modo, en el procedimiento abierto simplificado ordinario, las notificaciones del órgano de contratación tienen como *dies a quo* la fecha del aviso de notificación al dispositivo electrónico y a la dirección de correo electrónico «habilitada», pueden realizarse por comparecencia electrónica, es decir, mediante el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación (artículo 43 de la LPACAP), y, además, el órgano de contratación queda obligado a la publicación del acto objeto de notificación el mismo día en su perfil de contratante (1523). De este modo, si se cumplen todas estas condiciones la notificación se entiende realizada en la fecha del aviso, lo que constituye una especialidad respecto de la regla contenida en el artículo 43.2 LPACAP conforme a la cual las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido, y, si no es así, es decir, si no existiera la coetánea publicación en el perfil, los plazos se computarían desde la recepción de la notificación por el licitador con el fin de salvaguardar los derechos del interesado en el procedimiento de selección del contratista (1524).

En relación con la posibilidad que reconoce el artículo 157.4 de la LCSP, que señala que en el procedimiento abierto ordinario, en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, «salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos», se ha planteado la duda de si esa excepción es posible hacerla extensiva al procedimiento abierto simplificado ordinario ya que, aunque el artículo 159.1 a 5 no dice nada sobre este particular, sin embargo, el artículo 159.4.h) dispone que, en lo no previsto en el artículo 159, se observarán las normas generales aplicables al procedimiento abierto. A juicio de los autores de esta obra, esa posibilidad sí sería perfectamente posible porque el acto público puede hacerse *on line* previendo la posibilidad de dar publicidad *vía streaming* (1525). Además, indicar que, al procedimiento abierto simplificado, ordinario y abreviado, le son de aplicación las reglas sobre contratación electrónica obligatoria establecidas en la LCSP (1526).

En el caso de que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación se presuma que es anormalmente baja, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, si bien el plazo máximo para que justifique su oferta no podrá superar los 5 días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación. En relación con dicho plazo, cabe señalar que resulta aplicable lo ya

(1523) Informes JCCPE números 1/2018 y 2/2018, de 1 de marzo.

(1524) Informe JCCPE número 5/2020, de 14 de octubre.

(1525) Resolución del TACRC número 1288/2019 de 11 de noviembre de 2019 en la que, en un contrato de servicios celebrado por una sociedad anónima de un ayuntamiento que es poder adjudicador no Administración Pública para la estancia diurna del Centro de DIA, e Informe JCCPE número 69/2018, de 10 de octubre.

(1526) Informes JCCPE números 1/2018, 2/2018, 6/2018, 115/2018, y 50/2019.

señalado respecto a que los plazos, a que se refiere el artículo 159 de la LCSP, no suponen una excepción a lo previsto en citada disposición adicional decimoquinta.1, párrafo segundo.

Presentada la garantía definitiva, en los casos en que resulte preceptiva, y efectuada la previa fiscalización del compromiso del gasto por la Intervención en los términos previstos en la LGP en un plazo no superior a 5 días naturales, se procederá a adjudicar el contrato a favor del licitador propuesto como adjudicatario, procediéndose, una vez adjudicado el mismo, 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 citada garantía definitiva. Respecto a dicho asunto, se ha planteado si la retirada del candidato propuesto, al no indicar nada el artículo 159.4.f), penúltimo párrafo, de la LCSP, no tendría las consecuencias que prevé, con carácter general, el artículo 150.2 de la LCSP (3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad). Cabe señalar en relación con dicho asunto que el artículo 159.4.f) de la LCSP solo regula los efectos de la falta de constitución de la garantía para con la adjudicación del contrato y no, como sí hace el artículo 150.2 de la LCSP, los efectos para el licitador propuesto como adjudicatario de la falta de atención al requerimiento de documentación. Se trata de una laguna legal que ha de ser suplida mediante la fórmula descrita en el propio artículo 159.4.h), esto es, mediante la aplicación de las normas generales aplicables al procedimiento abierto conforme a las cuales el efecto para el licitador será entender que 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, es decir, aplicando el artículo 150.2 de la LCSP(1527).

En el supuesto de que el empresario tenga que presentar cualquier otra documentación que no esté inscrita en el Registro de Licitadores, la misma se tendrá que aportar en el plazo de 7 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 UE 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.

(1527) Informe JCCPE número 5/2020, de 14 de octubre.

queden excluidas de la posibilidad de acudir a una tramitación en la que no se admite el uso de criterios dependientes de un juicio de valor (1530).

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, cuando se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles.

Se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

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.

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.

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.

No se requerirá la constitución de garantía definitiva.

La formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

En todo lo no previsto en el artículo 159.6 de la LCSP, se aplicará la regulación general del procedimiento abierto simplificado ordinario prevista en los apartados 1 a 5 de dicho precepto.

C. Procedimiento restringido

a) Introducción

Se trata de un procedimiento de adjudicación que se desarrolla en dos fases fundamentales. En la primera, los licitadores que deseen participar en la licitación han de presentar sus solicitudes de participación (artículo 160.1 de la LCSP), y, en la segunda, el órgano de contratación remitirá invitación a aquellos que considera más capacitados, en atención a su solvencia, para ejecutar el contrato concediéndoles un

(1530) Informe JCCPE número 92/2018.

plazo para que presenten sus respectivas proposiciones. Estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos (artículo 160.2 de la LCSP). Se trata de un procedimiento especialmente adecuado cuando se trata de servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería (artículo 160.4 de la LCSP).

Además, el artículo 224.1 de la LCSP dispone que para contratar en el marco de un sistema dinámico de adquisición los órganos de contratación seguirán las normas del procedimiento restringido. Se trata de un sistema de racionalización técnica de la contratación caracterizado, como señala el artículo 223.1 de la LCSP, porque las obras, servicios y suministros han de ser de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan las necesidades del órgano de contratación.

El artículo 187.10 de la LCSP prevé su aplicación supletoria y en caso de que no resulte incompatible, al concurso de proyectos cuando se limite el número de participantes.

Hay que decir que se trata de un procedimiento poco utilizado por los órganos de contratación, seguramente porque no compensa asumir la complejidad de su gestión a la vista de los resultados que reporta y que, en general, pueden ser fácilmente obtenidos a través de un procedimiento abierto. Sin embargo, ni el citado artículo 224.1 ni el artículo 131.2 de la LCSP dan esa opción a la estrategia contractual que pudiera desarrollar el órgano de contratación al disponer, este último precepto, que los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV se adjudicarán mediante procedimiento restringido.

Normalmente algunos órganos de contratación entienden que su uso resultará adecuado, haciéndolo 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 suficientemente comprometido tener que motivar la no invitación a determinados licitadores para presentar proposición, con la conflictividad que ello pudiera generar en vía administrativa sobremanera si el contrato fuera susceptible de REMC, 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(1531).

b) *Comprobación requisitos de personalidad y solvencia*

En esta obra ya se han analizado las consecuencias que se han derivado de la obligada admisión del DEUC desde que el 18 de abril de 2016, entró en vigor el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación.

Sin embargo, la presunción *iuris tantum* que se deriva respecto a los requisitos de capacidad y aptitud para contratar a favor de los licitadores, ha planteado que algunos hayan querido ver en el procedimiento restringido algunas dudas sobre la aplicabilidad del propio DEUC, pues plantean la aparente contradicción en la finalidad que existe entre el artículo 140.1.a) y b), que extiende el DEUC tanto a las proposiciones en el procedimiento abierto como a las solicitudes de participación en los procedimientos restringido, y la que introduce la remisión que hace el mismo artículo 140.1.b) al artículo 162 al indicar que «la declaración responsable a que se refiere la letra a) anterior pondrá de manifiesto adicionalmente que se cumple con los requisitos objetivos que se hayan establecido de acuerdo con el artículo 162 de la presente Ley», es decir, con los criterios de personalidad y solvencia que permitan al órgano de contratación seleccionar a los candidatos a los que va invitar a presentar oferta. Dicha contradicción en la finalidad de ambos preceptos viene motivada porque no se sabe muy bien cómo articular el fin del artículo 140, que es evidente que persigue admitir la oferta presentada por un licitador sobre la presunción *iuris tantum* que se deriva del DEUC, y la que se deriva del artículo 162 que, por el contrario, señala que se pueden comprobar los requisitos de personalidad y solvencia, cuestión que parece que no es posible a tenor del artículo 140.

Si verdaderamente existe tal contradicción, se estaría vaciando de contenido a la primera fase de los procedimientos restringido y de licitación con negociación, pues solamente se invitará a presentar oferta a los licitadores que cumplan los requisitos de personalidad y solvencia.

El Considerando 84 de la Directiva 2014/24/UE, en los siguientes términos:

«(84) Muchos operadores económicos, y en concreto las PYME, consideran que un obstáculo importante para su participación en la contratación pública son las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de

(1531) Informe JCCA número 6/2011, de 28 de octubre.

selección. Limitar estos requisitos, por ejemplo, mediante el uso de un documento europeo único de contratación consistente en una declaración actualizada del propio interesado, podría aportar una simplificación considerable que beneficiaría tanto a los poderes adjudicadores como a los operadores económicos.

No obstante, el licitador al que se decida adjudicar el contrato debe estar obligado a presentar las pruebas pertinentes y los poderes adjudicadores no deben celebrar contratos con aquellos licitadores que no puedan hacerlo. Los poderes adjudicadores deben estar también facultados para solicitar en cualquier momento la totalidad o parte de la documentación complementaria cuando lo consideren necesario para la correcta ejecución del procedimiento. Este caso podría presentarse en particular en el procedimiento en dos fases –procedimientos restringidos, procedimientos de licitación con negociación, diálogos competitivos y asociaciones para la innovación– en el que los poderes adjudicadores pueden aprovechar la posibilidad de limitar el número de candidatos invitados a presentar una oferta. Exigir la presentación de la documentación complementaria en el momento de seleccionar los candidatos que vayan a ser invitados podría estar justificado para evitar que los poderes adjudicadores inviten a candidatos que se muestren incapaces de presentar la documentación complementaria en la fase de adjudicación, privando de la participación a otros candidatos cualificados».

El artículo 59.1 de la citada Directiva prevé que, en el momento de la presentación de las solicitudes de participación o de las ofertas, los poderes adjudicadores deberán aceptar el DEUC como prueba preliminar, pero añade que, en el procedimiento restringido, debe acompañarse de una declaración de que el licitador en cuestión «cumple las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con arreglo al artículo 65», es decir, aquellos que resultan aplicables precisamente a los supuestos de reducción del número de candidatos cualificados a los que se invita a participar, cuestión que se produce en los procedimientos restringidos y de licitación con negociación. El apartado 4 del citado artículo 59 culmina el razonamiento señalando que «Un poder adjudicador podrá pedir a los candidatos y licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento cuando resulte necesario para garantizar el buen desarrollo del mismo».

La transposición de la mencionada Directiva se realiza perfectamente en el artículo 140 de la LCSP que debe ser interpretado en el sentido indicado, es decir, que en la primera fase de presentación de solicitudes de participación, exige que dichas solicitudes se acompañen del DEUC y de los restantes documentos a que se refiere dicho precepto, a los cuales hay que añadir la manifestación del cumplimiento de los criterios de personalidad y solvencia con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones.

Por tanto, en un procedimiento de adjudicación con una primera fase, dirigida a seleccionar los licitadores que serán invitados a presentar oferta, no puede descansar dicha decisión en el DEUC, sino que deberá establecerse en los PCAPS, en



interpretación auténtica de la normativa aplicable, que los licitadores habrán de presentar la documentación que es estime en cada caso necesaria para comprobar que el licitador al que se curse invitación reúne los requisitos de personalidad y solvencia necesarios. A juicio de los autores de esta obra, no existe contradicción entre las finalidades perseguidas por los artículos 140 y 162 de la LCSP (1532).

c) *Procedimiento*

1. Solicitudes de participación

El artículo 161 de la LCSP dispone que las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación a que se refiere el artículo 140, con excepción del documento acreditativo de la constitución de la garantía provisional.

En los contratos SARA 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. En cualquier caso, no podrá ser inferior a 30 días naturales, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la UE, salvo que dicho plazo fuese impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, en cuyo caso el órgano de contratación para los contratos de obras, suministros y servicios podrá fijar otro plazo que no será inferior a 15 días naturales contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

Si se trata de contratos NO SARA, el plazo para la presentación de solicitudes de participación será, como mínimo, de 15 días naturales, contados desde la publicación del anuncio de licitación.

Sin perjuicio de que haya que publicar en primer lugar en el DOUE a tenor del artículo 135.3 de la LCSP, la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante deberá hacerse con una antelación mínima equivalente al citado plazo de presentación de solicitudes de participación en contratos NO SARA.

2. Selección de candidatos

El artículo 162 dispone que, con carácter previo al anuncio de licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido 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.

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

(1532) Informe JCCPE número 1/2022.

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 objetivas y no discriminatorias 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.

3. Remisión de invitaciones

El artículo 163 dispone que el contenido de las invitaciones será el siguiente:

- Referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán la fecha límite para la recepción de ofertas.
- Indicaciones pertinentes para permitir el acceso por medios electrónicos o no electrónicos, a tenor del artículo 138.2 de la LCSP, a los pliegos y demás documentación complementaria. En este último caso, si la citada documentación obrase en poder de una entidad u órgano distinto del que tramita el procedimiento, la invitación precisará también la forma en que puede solicitarse dicha documentación y, en su caso, la fecha límite para ello, así como el importe y las modalidades de pago de la cantidad que, en su caso, haya de abonarse.
- Dirección a la que deban enviarse y la lengua o lenguas en que deban estar redactadas (1533).
- Documentos que, en su caso, se deban adjuntar complementariamente.
- 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.

(1533) Omite la referencia a «si se admite alguna otra, además del castellano», que sí se incluía en el artículo 166 del TRLCSP.

4. Proposiciones

El artículo 160.2, párrafo segundo, de la LCSP dispone que, en contratos de servicios en los casos en los que su presentación implique la realización de determinados desarrollos, los PCAPS podrá contemplar la concesión de primas o compensaciones por los gastos en que incurran los licitadores al presentar su oferta.

El artículo 164 de la LCSP dispone que en los contratos SARA el plazo general de presentación de proposiciones será el suficiente para la adecuada elaboración de las proposiciones en función del alcance y complejidad del contrato. En cualquier caso, no será inferior a 30 días naturales, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita. Dicho plazo podrá reducirse, salvo en los contratos de concesión de obras y de servicios, en los siguientes casos:

- Si se hubiese enviado el anuncio de información previa, el plazo general podrá reducirse a 10 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 (1534) y mínima de 35 días naturales 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 este.
- Cuando el citado plazo general fuese impracticable por tratarse de una situación de urgencia, en los términos descritos en el artículo 119, el órgano de contratación podrá fijar otro plazo que no será inferior a 10 días naturales contados desde la fecha del envío de la invitación escrita.
- Si el órgano de contratación aceptara la presentación de ofertas por medios electrónicos, podrá reducirse el plazo general de presentación de proposiciones en 5 días. Esta reducción del plazo general será la única aplicable en las concesiones de obras y de servicios.

En los contratos NO SARA, el plazo para la presentación de proposiciones no será inferior a 10 días, contados desde la fecha de envío de la invitación.

5. Adjudicación

El artículo 165 de la LCSP dispone que en la adjudicación del contrato será de aplicación lo previsto para el procedimiento abierto (1535), salvo lo que

(1534) Sobre este plazo, téngase en cuenta lo previsto en el artículo 134.6, párrafo segundo, que dispone que «Sin embargo, en el caso de los contratos de servicios que tengan por objeto alguno de los servicios especiales del Anexo IV, el anuncio de información previa podrá abarcar un plazo superior a 12 meses».

(1535) A juicio de los autores de esta obra, resultaba más adecuada la redacción que hacía el mencionado artículo 168 del TRLCSP cuando especificaba que resultarían aplicables los

se refiere a la necesidad de calificar previamente la documentación a que se refiere el artículo 140.

D. Procedimientos de licitación con negociación

a) Introducción

Como señala el Preámbulo de la LCSP (1536) «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 alguna de las causas materiales contempladas en la LCSP.

Esta reforma junto con la limitación que se establece en el artículo 118 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 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 dispone que en los procedimientos con negociación la adjudicación recaerá en el licitador, que cuente con la capacitación necesaria para ejecutar el objeto contractual (1537), y que haya sido justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos. En relación con este asunto, en el artículo 169.2 de la LCSP se dispone que, 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. Cuando el número de candidatos que cumplan con los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contra-

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).

(1536) Exponendo IV, párrafo trigésimo quinto.

(1537) Resolución del TACRC número 198/2011, de 17 de julio.

tación 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.

El contenido de los PCAPS deberá comprender los siguientes extremos:

- Los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas capacitadas para ejecutar el contrato (1538).
- La descripción de las necesidades de los órganos de contratación y de las características exigidas para las obras, los servicios o los suministros que hayan de contratarse.
- 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 (1539). 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 (1540), y el principio de igualdad de trato a los licitadores (1541).

(1538) Informe JCCA número 65/2009, de 23 de julio de 2010.

(1539) 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.

(1540) STJUE de 29 de marzo de 2012, *SAG ELV Slovensko y otros*, C-599/10, apartado 25.

(1541) 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 no se excluyó a una de ellas porque 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). Además, a pesar de ello, una vez comenzada la negociación, el órgano de contratación propuso a los licitadores que sí habían ofertado la citada mediana adaptada a los pliegos, que realizaran nuevas ofertas en función de 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).

- Los elementos de la prestación objeto del contrato que constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas.
- Los criterios de adjudicación.

La información facilitada será 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. El artículo 171 de la LCSP dispone, en relación con la facilitación de información a los licitadores, que 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 naturales siguientes al de recepción de la solicitud por escrito de aquel, el desarrollo de las negociaciones. No obstante, la mesa o en su defecto, el órgano de contratación, podrá no comunicar determinados datos amparándose en la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 155.3 de la LCSP.

Por último, el artículo 166.3 de la LCSP dispone que «Los procedimientos con negociación podrán utilizarse en los casos enumerados en los artículos 167 y 168. Salvo que se dieran las circunstancias excepcionales que recoge el artículo 168, los órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación», es decir, que, en general, los órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación, salvo que concurriera alguna de las causas materiales y excepcionales que taxativamente se recogen en el artículo 168 de la LCSP.

b) Procedimiento de licitación con negociación y publicidad

1. Supuestos

El artículo 167 de la LCSP dispone que los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento de licitación con negociación en los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios cuando se dé alguna de las siguientes situaciones:

- 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.
- Cuando la prestación objeto del contrato incluya un proyecto o soluciones innovadoras.
- Cuando el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas debido a circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la con-

figuración jurídica o financiera de la prestación que constituya su objeto, o por los riesgos inherentes a la misma.

- 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.
- Cuando en los procedimientos abiertos o restringidos, seguidos previamente, solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables.

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.

- 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.

2. Procedimiento

El artículo 169 de la LCSP dispone que cuando se acuda al procedimiento de licitación con negociación por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 167, el órgano de contratación, en todo caso, deberá publicar un anuncio de licitación en la forma prevista en el artículo 135.

Serán de aplicación, a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación, las normas contenidas en los artículos 160.1, 161, 162, 163 y 164.1 relativos al procedimiento restringido. 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. Cuando el número de 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.

Los órganos de contratación podrán articular el procedimiento regulado en el presente artículo en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número

ro de ofertas a negociar mediante la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el PCAPS, indicándose en estos 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.

Durante la negociación, las mesas de contratación y los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

Los órganos de contratación informarán por escrito a los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas, de todo cambio en las especificaciones técnicas o en otra documentación de la contratación que no establezca los requisitos mínimos a que se refiere el artículo 166 de la LCSP, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada.

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 por estos, excepto las ofertas definitivas presentadas al concluir las negociaciones a que se refiere el artículo 198.8 de la LCSP, que hayan presentado para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el PCAPS y en el anuncio de licitación, en su caso, y en los posibles documentos complementarios, 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.

En el expediente deberá dejarse constancia de las invitaciones cursadas, de las ofertas recibidas, de las razones para su aceptación o rechazo, y de las ventajas obtenidas en la negociación (1542).

(1542) 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 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.



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(1543), por lo que no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador en el momento de presentar su oferta sin el previo consentimiento de este. Este consentimiento no podrá tener carácter general, sino que deberá especificar a qué información se refiere.

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 realizará las siguientes actuaciones:

- Verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos, y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego.
- Valorará las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación.
- Elevará la correspondiente propuesta de adjudicación.

c) Procedimiento de licitación con negociación y sin publicidad

1. Supuestos

El artículo 168 de la LCSP dispone que los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin publicidad en los siguientes casos:

- En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, cuando:
 - No se haya presentado ninguna oferta; ninguna oferta adecuada (1544); 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

(1543) Artículo 133 de la LCSP. Resolución del TACRC número 58/2018, de 19 de enero, sobre confidencialidad de las ofertas.

(1544) Respecto de esta causa material que permite la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, resulta muy interesante analizar la STJUE de 16 de junio de 2022 en la que se concluye que, a pesar de que los contratos estén financiados con fondos comunitarios, debe aplicarse la Legislación de Contratación Pública de cada Estado miembro que ha transpuesto la Directiva 2014/24/UE frente a lo previsto en el Reglamento (UE, EURATOM) número 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, siempre que dicho procedimiento se haya realizado sin modificaciones sustanciales respecto de las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada.

siva(1549) que no sean deducidos interesadamente de la introducción de determinadas prescripciones técnicas en los pliegos(1550). En segundo lugar, que 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. Por último, en tercer lugar, que es imprescindible que se motive adecuadamente la aplicación de dicha causa en el expediente de contratación.

- 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(1551) y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 19.2.c) de la LCSP(1552).

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 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.

(1549) 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 mejor, la más capacitada para desarrollar el objeto del contrato».

(1550) 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.

(1551) 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.

(1552) 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

– En los contratos de obras, suministros y servicios, cuando:

- Una imperiosa urgencia (1553) resultante de acontecimientos imprevisibles (1554) para el órgano de contratación y no imputables al mismo (1555), 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, resulta preceptivo que el órgano de contratación esté asistido por la mesa de contratación.

Como ya se ha señalado en esta obra, a propósito de los comentarios realizados sobre la tramitación de emergencia del expediente de contratación del artículo 120 de la LCSP, debe recordarse que la Directiva 2014/24/UE no

celebrada durante los ejercicios 2006 a 2009 por la Tesorería General de la Seguridad Social.

(1553) Urgencia: Es la necesidad de atender un asunto de forma inmediata e ineludible. En relación con esta circunstancia, resulta capital atender a la 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 (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 (artículos 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»).

(1554) Imprevisibilidad: Hace referencia a que el hecho determinante de la situación de urgencia derive de un acontecimiento imprevisible para el órgano de contratación.

(1555) Resolución del TACRC número 198/2011, de 17 de julio. 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.



contempla dicho tipo de tramitación ya que entiende que la superación de las circunstancias excepcionales debe tramitarse siguiendo un procedimiento de adjudicación con negociación y sin publicidad del artículo 168.b).1.º de la LCSP. Ello requiere, a juicio de los autores de esta obra, que se proceda a suprimir a la mayor brevedad la modalidad de tramitación extraordinaria del expediente de contratación (1556).

Algunas veces, suele aplicarse, conjunta e 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, se trata de dos herramientas que deben ser aplicadas de modo alternativo: En primer lugar, debe valorarse si es posible ejecutar el contrato por la vía del artículo 119 de la LCSP, es decir, reduciendo los plazos dentro de un procedimiento ordinario de adjudicación mediante la declaración de la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de urgencia, y, solamente cuando ello no fuera posible, debe aplicarse esta causa material. Ambas circunstancias han de quedar debidamente acreditadas y motivadas en el expediente de contratación (1557).

- Se dé la situación a que se refiere el artículo 167.e) de la LCSP (cuando en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se hubieren presentado ofertas irregulares o inaceptables), 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 (1558), y siempre que las condiciones iniciales del contrato no se modifiquen sustancialmente, sin que en ningún caso se pueda incrementar el precio de licitación ni modificar el sistema de retribución.

(1556) En este sentido, es significativo a juicio de los autores de esta obra, que cuando el artículo 30 del Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural aborda el modo de celebración de los contratos de obras, suministro y servicios de mejora energética a celebrar hasta el 31 de diciembre de 2022, haya apostado por el procedimiento de adjudicación de negociación sin publicidad del artículo 168.b).1.º de la LCSP con algunas especialidades, alguna de las cuales recuerdan el contenido de la tramitación del expediente de contratación por el procedimiento de emergencia del artículo 120 de dicha ley.

(1557) 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.

(1558) 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 los contratos de suministro, cuando:

- Los productos se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo.

Esta condición no se aplica a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo.

En relación con esta causa, se ha planteado si existe contradicción con lo previsto en el artículo 8 de la LCSP que restringe su aplicación a los contratos de investigación y desarrollo incluidos en los códigos CPV 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) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), siempre que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

En relación con dicho asunto, es preciso señalar que no existe contradicción alguna entre ambos preceptos porque su función es claramente diferente: En el caso del artículo 8, se establece una delimitación de los negocios y contratos excluidos de la aplicación de la LCSP, mientras que, en el supuesto del artículo 168, se concreta la determinación tasada de que, en determinados contratos sujetos a la LCSP, cabe acudir a un sistema de licitación concreto como es el negociado sin publicidad siempre que se cumplan con las condiciones previstas en dicho precepto, es decir, una categoría muy concreta que abarca el suministro que se fabrique exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo (1559).

- 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 duración de tales contratos no podrá, por regla general, ser superior a 3 años.

(1559) Informe JCCPE número 23/2018.

- Se trate de la adquisición en mercados organizados o bolsas de materias primas de suministros que coticen en los mismos.
 - 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.
- En los contratos de servicios, cuando:
- El contrato en cuestión sea la consecuencia de un concurso de proyectos y, con arreglo a las normas aplicables, deba adjudicarse al ganador. En caso de que existan varios ganadores, se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones.
 - Se trate de 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, 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, y que no hayan transcurrido más de 3 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 estos.

2. Tramitación

El artículo 171 de la LCSP introduce como novedad que, lo antes posible y, en todo caso, dentro de los 15 días naturales 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, como ya se ha señalado, 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.

Así el artículo 170 dispone que los órganos de contratación únicamente harán uso del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación cuando se dé alguna de las situaciones que establece el artículo 168 y lo tramitarán con arreglo a las normas que establece el artículo 169, en todo lo que resulten de aplicación según el número de participantes que concurren en cada caso, a excepción de lo relativo a la publicidad previa.

Cuando únicamente participe un candidato, la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes, siempre y cuando sea posible, deberá negociar, a tenor del artículo 169.5 de la LCSP, la oferta inicial y todas las ofertas posteriores presentadas para mejorar su contenido y para adaptarlas a los requisitos indicados en el PCAPS 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

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 permitían 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 (artículo 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 la entidad contratante y el contratista.

En el TRLCSP, ambos objetos se intentaban lograr a través del contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado(1560).

Ahora, la LCSP establece, por un lado, la desaparición del contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado(1561) por la escasa utilidad de esta figura en la práctica y porque su objeto puede realizarse a través de otras modalidades contractuales(1562), como es, por ejemplo, el contrato de concesión, y, por otro, la creación del procedimiento de adjudicación de asociación para la innovación(1563), 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. 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) Procedimiento

1. Introducción

El artículo 172.1 y 2 de la LCSP dispone que la mesa especial de diálogo competitivo dirige 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 servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a un anuncio de licitación, propor-

(1560) 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 cuando otras fórmulas no permitan satisfacer las necesidades públicas. Es decir, es un contrato residual y subsidiario respecto a los demás contratos típicos, que está reservado legalmente para supuestos ciertamente excepcionales.

(1561) Exponendo IV, párrafo tercero, de la LCSP.

(1562) Exponendo IV, párrafo decimoctavo, de la LCSP.

(1563) Exponendo IV, párrafo trigésimo quinto, de la LCSP.

cionando la información y documentación para la selección cualitativa que haya solicitado el órgano de contratación.

Este procedimiento de adjudicación se caracteriza, fundamentalmente, por las siguientes notas:

- Porque, a tenor del artículo 116.3, párrafo primero, de la LCSP, los PCAPS y los PPTS serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia el artículo 174.1 de la LCSP. En dicho documento, que no podrá ser modificado posteriormente, los órganos de contratación definirán sus necesidades y requisitos y darán a conocer y definirán los criterios de adjudicación elegidos y darán un plazo de ejecución aproximado.

El artículo 172.4 de la LCSP establece que el órgano de contratación podrá acordar en el documento descriptivo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 234.4 y 5 a los contratos que se adjudiquen mediante dialogo competitivo, es decir, 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, quedando la ejecución de la obra 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 produjera 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 ciento como compensación.

El artículo 172.3 de la LCSP dispone que el procedimiento de diálogo competitivo podrá utilizarse en los casos enumerados en el artículo 167 de la LCSP, tal y como señala el artículo 131.2, párrafo segundo, de la LCSP que dispone que «en los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación», y deberá verse precedido de la publicación de un anuncio de licitación.

- Porque el artículo 176.2 de la LCSP dispone que la mesa especial del diálogo competitivo 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, y seleccionará la oferta que presente la mejor relación calidad-precio, de acuerdo con el artículo 145.3.b) de la LCSP, ya 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 (1564).

- Porque a tenor del artículo 173 de la LCSP, al igual que ya se ha señalado en el procedimiento restringido para la fase de presentación de ofertas (artículo 160.2, párrafo segundo, de la LCSP), los órganos de contratación podrán establecer en el documento descriptivo, con el objetivo de fomentar la participación de las empresas que puedan ofrecer las soluciones más apropiadas e innovadoras, primas o compensaciones para todos o algunos de los participantes en el diálogo (1565), en cuyo caso se reconocerán a los que obtuvieron los primeros puestos en el orden de clasificación de las ofertas. 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 cantidades correspondientes se efectuará de conformidad con lo establecido en el artículo 198, contándose los plazos previstos en él a partir del día siguiente a aquel en que se produjo la formalización del contrato.
- Porque se trata de uno de los supuestos en los que el artículo 102.7 de la LCSP admite excepcionalmente la celebración de un contrato con precio provisional cuando, tras la 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 porque no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan determinar con precisión un precio cierto.

2. Fases procedimentales

En este procedimiento de adjudicación excepcional (1566), cabe diferenciar las siguientes fases:

- Apertura del procedimiento y solicitudes de participación:

El artículo 174 de la LCSP dispone, como ya se ha señalado, que los órganos de contratación darán a conocer sus necesidades y requisitos en el anuncio de

(1564) Resolución del OARC número 114/2016, de 27 de octubre.

(1565) En el Preámbulo de la LCSP (Exponendo IV, párrafo trigésimo sexto, de la LCSP) se señala únicamente respecto a este procedimiento excepcional de adjudicación que en la misma «aparece una nueva regulación de las primas y compensaciones que se pueden entregar a los licitadores en el diálogo competitivo».

(1566) 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/CE que recogía esta figura como consecuencia de los trabajos desarrollados en el *Libro Verde sobre La Contratación*

licitación y los definirán en dicho anuncio o en el documento descriptivo, que no podrá ser modificado posteriormente. Al mismo tiempo y en los mismos documentos, los órganos de contratación también darán a conocer y definirán los criterios de adjudicación elegidos y darán un plazo de ejecución aproximado.

Serán de aplicación las normas del procedimiento restringido contenidas en los artículos 160.2, párrafo primero, 161, excepto el segundo párrafo de su apartado primero, y 162.1, 2, 3, y 4 en lo relativo a selección de los solicitantes. 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.

Las invitaciones a 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 (1567), 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.

La invitación a los candidatos contendrá las indicaciones pertinentes para permitir el acceso por medios electrónicos al documento descriptivo y demás documentación complementaria.

Cuando, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 138.2, estuviera permitido dar acceso por medios no electrónicos al documento descriptivo y demás documentación complementaria, la invitación indicará esta circunstancia y la forma en que la documentación será puesta a disposición de los candidatos. En este caso, si además la citada documentación obrase en poder de una entidad u órgano distinto del que tramita el procedimiento, la invitación precisará también la forma

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/CE 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 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».

(1567) Omite la referencia a «si se admite alguna otra, además del castellano», que sí se incluía en el artículo 181.3 del TRLCSP.



en que puede solicitarse dicha documentación y, en su caso, la fecha límite para ello, así como el importe y las modalidades de pago de la cantidad que, en su caso, haya de abonarse. Los servicios competentes remitirán dicha documentación sin demora a los interesados tras la recepción de su solicitud.

– Diálogo con los candidatos:

El artículo 175 de la LCSP dispone que la mesa especial del diálogo competitivo 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, la mesa 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 las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que este les comunique sin previo consentimiento de este, en los términos establecidos en el artículo 169.7 de la LCSP(1568). En este sentido, se recuerda que el artículo 139.2 de la LCSP establece 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 en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación».

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 estos 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.

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 naturales siguientes al de recepción de la solicitud por escrito de aquel, del desarrollo del diálogo con los licitadores.

(1568) 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.

La mesa 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.

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, la mesa 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.

Tras declarar cerrado el diálogo por el órgano de contratación e informar de ello a todos los participantes, la mesa 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.

– Presentación, examen de las ofertas y adjudicación:

El artículo 176 de la LCSP dispone que las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. La mesa podrá 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 de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.

La mesa 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 y seleccionará la oferta que presente la mejor relación calidad precio de acuerdo con el artículo 145.3.b) de la LCSP pudiendo llevar a cabo negociaciones con el licitador con el fin de confirmar compromisos financieros u otras condiciones contenidas en la oferta, para lo cual se ultimarán las condiciones del contrato, siempre que con ello 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.

Elevada 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, párrafo primero, de la LCSP, concrete y fije los términos definitivos del contrato.



F. Procedimiento de asociación para la innovación

a) Planteamiento general

De acuerdo con ya señalado, a juicio de los autores de esta obra, el procedimiento de adjudicación de asociación para la innovación debería emplearse, en la estrategia contractual, para la contratación de bienes o servicios que no se encontraran disponibles en el mercado, toda vez que en la LCSP ha quedado suprimido el contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (1569), ha emergido este nuevo procedimiento de adjudicación (1570), con la finalidad de realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores. Por lo tanto, debe manifestarse, en principio, existe un paralelismo entre el procedimiento de diálogo competitivo y los contratos administrativos «típicos» particularmente complejos, y los objetos contractuales que no estuviesen disponibles en el mercado respecto de los cuales lo adecuado, también en principio, sería plantear un procedimiento de adjudicación de asociación para la innovación.

b) Procedimiento

1. Introducción

El artículo 177 de la LCSP dispone 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.

A tal efecto, en los PCAPS el órgano de contratación determinará cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indicará asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores, y definirá 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.

En relación con el 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

(1569) Exponendo IV, párrafo tercero, de la LCSP.

(1570) Exponendo IV, párrafo trigésimo quinto, de la LCSP.

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.

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 PCAPS. 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 (1571).

El órgano de contratación podrá decidir crear la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo.

Los contratos que se adjudiquen por este procedimiento se regirán:

- En la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes PCAPS, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios (1572).
- En la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate.

Por último, se trata de uno de los supuestos en los que el artículo 102.7 de la LCSP 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 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.

El artículo 180 de la LCSP dispone que la asociación para la innovación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras. La asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados.

(1571) Artículo 327 de la LCSP.

(1572) STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE número 97, de 23 de abril de 2021), que declara que el apartado 3 a) del artículo 176 es conforme con el orden constitucional de competencias, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 7 B) h).

Sobre la base de esos objetivos, el órgano de contratación podrá decidir, al final de cada fase, resolver la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la resolución de los contratos individuales, siempre que el órgano de contratación haya indicado en los PCAPS que puede hacer uso de estas posibilidades y las condiciones en que puede hacerlo.

En ningún caso, la resolución de la asociación para la innovación o la reducción del número de candidatos participantes dará lugar a indemnización, sin perjuicio de la contraprestación que, en las condiciones establecidas en el pliego, corresponda por los trabajos realizados.

En el caso de las asociaciones para la innovación con varios socios, el órgano de contratación no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo de este último. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica.

2. Fases procedimentales

En este procedimiento de adjudicación excepcional, cabe diferenciar las siguientes fases:

– Selección de candidatos:

El artículo 178 de la LCSP dispone que, en las asociaciones para la innovación, cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información sobre los criterios objetivos de solvencia que haya solicitado el órgano de contratación.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de 30 días naturales a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la UE, cuando el contrato sea SARA, sin posible reducción por declaración de tramitación de urgencia del expediente de contratación [artículo 119.2 b).4.ª de la LCSP], mientras que, cuando fuere NO SARA, dicho plazo no podrá ser inferior a 20 días naturales contados desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.

A los efectos de seleccionar a los candidatos, los órganos de contratación aplicarán, en particular, criterios objetivos de solvencia relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

Solo los empresarios a los que invite el órgano de contratación, tras evaluar la información solicitada, podrán presentar proyectos de investigación e innova-



ción destinados a responder a las necesidades señaladas por el órgano de contratación que no puedan satisfacerse con las soluciones existentes.

Los órganos de contratación podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento, de conformidad con el artículo 162.2 de la LCSP, siendo 3 el número mínimo de empresarios a los que se invitará a negociar.

– Negociación y adjudicación de la asociación:

El artículo 179 de la LCSP dispone que, concluida la selección de los candidatos, el órgano de contratación les invitará a presentar sus proyectos de investigación e innovación para responder a las necesidades a cubrir.

Los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el artículo 145.2 de la LCSP.

Salvo que se disponga de otro modo, los órganos de contratación negociarán con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y, en su caso, las ofertas posteriores presentadas, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. No se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

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 PCAPS y recogidos en el anuncio de licitación. El órgano de contratación indicará claramente, en el anuncio de licitación y en los PCAPS, si va a hacer uso de esta opción.

Durante la negociación, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de todo cambio en las especificaciones técnicas u otros documentos de la contratación, que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los órganos de contratación darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda.

Los órganos de contratación no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica.



– Adquisiciones:

El artículo 181 de la LCSP dispone que, finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará si sus resultados alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados y resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes. En el caso de que la adquisición conlleve la realización de prestaciones sucesivas, estas solamente podrán llevarse a cabo durante un periodo máximo de 4 años a contar desde la recepción de la resolución sobre la adquisición.

Las adquisiciones derivadas de asociaciones para la innovación se realizarán en los términos establecidos en el PCAPS. Cuando la asociación se realice con varios empresarios, la selección del empresario al que se deba efectuar dichas adquisiciones se realizará sobre la base de los criterios objetivos que se hayan establecido en el PCAPS.

– Configuración y seguimiento:

El artículo 182 de la LCSP dispone que el órgano de contratación velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aun no disponible en el mercado.

El valor estimado de los suministros, servicios u obras no será desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

7. DECISIÓN DE NO ADJUDICAR Y DESISTIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO

A. Precisión

Lo primero que hay que advertir, a juicio de los autores de esta obra, es que, por un lado, 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 necesario distinguir la figura del desistimiento de la posibilidad de que dispone el órgano de contratación para, a la vista de una infracción no subsanable, decidir 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 155.1 de la LCSP dispone que los órganos de contratación informarán a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no celebrar un acuerdo marco, no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, o no aplicar un sistema dinámico de adquisición.

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.

B. Concepto

El artículo 152 de la LCSP dispone que solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato 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. Su naturaleza jurídica, a diferencia del desistimiento, es la propia de un acto discrecional ocasionado por un cambio en la voluntad de la Administración contratante, y, por ello, para evitar fraudes en el procedimiento de adjudicación, introduce la prohibición al órgano de contratación de promover una nueva licitación del objeto del contrato en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato (1573).

Por el contrario, 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 (1574), debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa (1575).

A diferencia de la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato, la naturaleza jurídica del desistimiento no es fruto del ejercicio de una facultad discrecional del órgano de contratación impulsado por un cambio de voluntad de la Administración contratante, sino un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad. Por ello exige la concurrencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudica-

(1573) Resolución del TACRC número 1293/2020, de 4 de diciembre.

(1574) Por ejemplo, con motivo de que los licitadores no habían sido informados de que, de acuerdo con el Convenio Colectivo aplicable, deberían subrogarse en los costes laborales de los trabajadores del anterior contratista.

(1575) Resolución del TACRC número 323/2016, de 29 de abril.

ción, que haga imposible continuar con la licitación hasta su adjudicación. De este modo, el desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación con el mismo objeto (1576), 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.

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 caerá dentro 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 porque simplemente se trate de irregularidades no invalidantes a tenor de lo previsto, respectivamente, en los artículos 52 y 109 de la LPACAP.

C. Regulación

El artículo 152 de la LCSP dispone que, tanto en el caso de no adjudicar o celebrar el contrato o de desistir del mismo, la decisión habrá de acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización del contrato. Respecto a este asunto, se han planteado dudas sobre la vía a seguir en el caso de que la decisión de no adjudicar o celebrara el contrato o de desistir del mismo se hubiera producido una vez que el contrato ha sido adjudicado pues, aunque en general la adjudicación no perfecciona el contrato, supone un acto declarativo de derechos cuya naturaleza se deriva de la regulación que efectúa el artículo 157 de la LCSP de la propuesta de adjudicación, la cual no genera derecho alguno a favor del propuesto como adjudicatario, y de la regulación de la formalización del contrato en el artículo 153 de la LCSP, que se ha de ajustar con exactitud a las condiciones de la licitación, lo que conduce a afirmar que la adjudicación del contrato conduce inexorablemente a su formalización y, por consiguiente, a la perfección del contrato. Esto implica que la revisión de la adjudicación deberá someterse, si es instada por la propia entidad contratante, a la institución de la revisión de oficio prevista en la LPACAP, y, si es a instancia de parte interesada, a través del régimen de recursos establecido o, en su caso y si se dan los presupuestos exigidos por la LPACAP, solicitando a la Administración la revisión de sus actos (1577).

En el caso de no adjudicar o celebrar el contrato o de desistir del mismo, se compensará 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

(1576) Resolución del TACRC número 254/2019, 15 de marzo.

(1577) Resolución del OARC número 40/2015.

de los trámites del procedimiento administrativo común (1578), lo cual requerirá instar la incoación ante el órgano de contratación y la tramitación por este del procedimiento que para tal fin regula la LRJSP (1579). En este sentido, el 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 (1580), 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.

(1578) 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 otros 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*.

(1579) Resoluciones del TACRC números 479/2013 y 1164/2017.

(1580) 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 DE DEMORAS fijado en la Ley de Presupuestos para dichos ejercicios». La disposición adicional cuadragésima sexta, uno de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, dispone que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero, este queda establecido en el 3,00 por ciento hasta el 31 de diciembre del año 2022.



En caso de desistimiento o decisión de no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria (1581), 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.

En el supuesto de acuerdos marco, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlos corresponde 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, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlo se realizará por el órgano de contratación de oficio, o a propuesta del organismo destinatario de la prestación.

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 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 de adjudicación extraordinario, lo cierto es que, en este, a tenor de lo previsto en el artículo 170 en relación con 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, al menos, a 3 licitadores. Por tanto, la posibilidad de invitar a más licitadores es una cuestión que quedará dentro de la discrecionalidad del órgano de contratación (1582).

(1581) Respecto a la universalidad de la aplicación de la decisión de no adjudicar o celebrar un contrato y del desistimiento, 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 21 de septiembre del año 2000.

(1582) Resolución del TACRC número 198/2011, de 17 de julio.

8. ADJUDICACIÓN CONTRACTUAL

A. Introducción

En la Quinta Parte de esta obra, se ha analizado el concepto de oferta «económicamente más ventajosa» o «mejor oferta», y la diferente forma en la que los criterios de adjudicación se articulan en función del ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP, y en la Sexta Parte, dentro de la Fase Interna del contrato, el estudio material de los criterios de adjudicación basados tanto en el sistema de calidad-precio como en el sistema de coste-eficacia.

Ahora, en la citada Sexta Parte, pero en la Fase Externa del contrato, le toca el turno al análisis del procedimiento de clasificación de ofertas en base a la aplicación de los criterios de adjudicación incluidos en los PCAPS que, como acaba de indicarse, han sido objeto de examen en la Fase Interna del contrato.

Por último, hay que recordar que, a tenor del artículo 84 del RGTRLCAP y aunque la LCSP no entre a referirse a ello, tanto si se ha utilizado el sistema de coste-eficacia (precio, o ciclo del coste de vida o rentabilidad) como el de calidad-precio para determinar los criterios de adjudicación, 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 (1583).

B. Clasificación de las ofertas

a) *Planteamiento general*

El artículo 150.1, párrafo primero, de la LCSP dispone que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación (1584) clasificará, por

(1583) Artículo 84 del RGTRLCAP, aunque señala que «si alguna proposición ... excediese del presupuesto base de licitación,... será desechada por la mesa, en resolución motivada». Resolución del TACRC número 27/2010, de 9 de diciembre.

(1584) Hay que recordar que, en la adjudicación en los contratos de servicios de concurso de proyectos, tras la correspondiente licitación se encomienda a un jurado, véanse artículos 183 a 187 de la LCSP. En este caso, se plantea la duda de si el fallo de dicho jurado equivaldría al acuerdo de adjudicación o solamente a un requerimiento previo a esta. En relación con dicho asunto, la respuesta no puede ser unívoca ya que dependerá de examinar caso a caso las bases del concurso y cómo está estructurada la tramitación procedimental. En tal sentido, 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

orden decreciente, las 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», para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación.

Debe señalarse que la referencia que se hace a que las ofertas o proposiciones se ordenarían por orden decreciente se refiere al sistema «habitual», de naturaleza absolutamente diferente a la que se deriva del sistema «excepcional» que se deriva del artículo 146.3, último párrafo («Cuando, por razones objetivas debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se enumerarán por orden decreciente de importancia»)(1585).

En esta labor de clasificación de las ofertas, es preciso señalar que si un licitador no cumpliera con algún criterio de adjudicación incluido en los PCAPS (1586), en ningún caso procederá su exclusión activando el artículo 150.2, párrafo segundo, de la LCSP, sencillamente, porque no resulta aplicable dicho precepto (1587), debiendo, en consecuencia, proceder, sin más, a no otorgar valoración alguna (1588).

El artículo 150.1, párrafo segundo, primer inciso, de la LCSP dispone que, para realizar la clasificación de las proposiciones, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el PCAPS (1589), pudiéndose solicitar para ello

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.

(1585) Resolución del TACRC número 87/2011, de 23 de marzo.

(1586) Resolución del TACRC número 122/2020, de 30 de enero.

(1587) Resolución del TACRC número 506/2020, de 2 de abril.

(1588) Resolución del TACRC número 54/2020, de 30 de enero.

(1589) 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 artículo 151.1 del TRLCSP a que los criterios de adjudicación se habrían de señalar en los pliegos o en el anuncio, toda vez que en el artículo 145.5, 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 145.5, párrafo primero, en el sentido de que, para realizar la clasificación de las ofertas



cuantos informes técnicos se estime pertinentes(1590) que deberán ser motivados(1591), y podrán ser emitidos, siempre que no se trate de la valoración de ofertas técnicas 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.

El artículo 150.1, párrafo segundo, inciso final, de la LCSP dispone que cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo.

b) Discrecionalidad técnica

Retomando lo ya señalado en esta obra en esta misma Sexta Parte, cuando se ha analizado dentro de la Fase Interna del contrato la configuración de los criterios de adjudicación, conviene recordar la doctrina de la facultad de «discrecionalidad técnica», de corte jurisprudencial, que corresponde al órgano de contratación en su doble vertiente de elegibilidad y determinación de dichos criterios y de su aplicación a las ofertas presentadas por los licitadores (1592).

En virtud de dicha doctrina, de modo muy sintético, cabe señalar que es competencia de los órganos de contratación la fijación de los aspectos técnicos, en la Fase Interna del contrato, así como, en la Fase 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 segun-

o proposiciones, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el anuncio, en los PCAPS o en el documento descriptivo.

(1590) A este fin, no deberán sustituirse los mencionados informes por un mero cuadro resumen de puntuaciones. 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.

(1591) 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». Resolución del TACRC número 241/2011, de 19 de octubre.

(1592) Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón número 98/2015, de 13 de noviembre.



do momento, y en contra de lo mantenido con la doctrina imperante con anterioridad (1593), actualmente 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 (1594). Para ello resulta fundamental que el órgano de contratación respete escrupulosamente las reglas previamente establecidas en los correspondientes pliegos.

Desde ese punto de vista, resulta fundamental advertir, por un lado, que la facultad de control jurisdiccional es posible y, por otro, que no puede suponer una sustitución de las funciones que en materia de valoraciones técnicas (1595) 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 (1596):

- A si, en la apreciación y valoración de los elementos técnicos, el órgano de contratación ha actuado sin discriminación, es decir, sin que los criterios de valoración aplicados a unos licitadores hayan sido diferentes de los aplicados a otros (1597).

(1593) 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, entre otras).

(1594) SSTS 2 de abril y 11 de junio de 1991.

(1595) 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.

(1596) 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.

(1597) 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 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 por ciento y del 15 por ciento a las valorables en tiempo), o de que sea valorada una prestación que ya a aparecía como de obligación cumplimiento en la descripción del objeto contractual.



- De forma paralela, con la finalidad de dar cobertura al servicio a satisfacer hasta que pudiera estar finalizado el procedimiento del expediente analizado, se tramitan una serie de procedimientos abiertos simplificados abreviados con el mismo objeto.
- El servicio de defensa de la competencia correspondiente, a la vista de lo trasladado por el órgano de contratación, por ejemplo, informaría en los siguientes términos:
 - Se observan claros indicios de colusión, razón por la cual procedería iniciar la correspondiente investigación de los hechos y conductas producidos, no prejuzgando la decisión o medidas que pueda tomar el órgano o la mesa de contratación dentro de su plena autonomía respecto a la continuación o no de la licitación en curso, la posible exclusión de licitadores o la valoración de las ofertas.
 - Recuerda que el artículo 150.1 de la LCSP establece la suspensión del procedimiento de contratación por el motivo de encontrar indicios de conductas colusorias, hasta que las autoridades de defensa de la competencia se pronuncien sobre los mismos, si bien no se concretan cuáles son los efectos de este informe en el procedimiento. No obstante, la entrada en vigor de este apartado ha sido diferida por la disposición final decimosexta de la LCSP hasta el desarrollo reglamentario al que se refiere el mismo.
 - En cualquier caso, con independencia de la posible incoación y del futuro resultado de un futuro expediente sancionador a las empresas afectadas por una infracción de la citada Ley 15/2007, las conductas observadas contravienen la finalidad y el objeto de los procedimientos de Contratación Pública, por lo que, a su juicio, no deberían ser aceptadas por el órgano de contratación.
- La mesa, a la vista de dicho informe, acordaría proponer la exclusión de dichas empresas y realiza la propuesta de adjudicación de los diferentes lotes a favor del resto de licitadores que hubieran realizado la mejor oferta.

En un comportamiento del órgano de contratación del tipo señalado, como sería de esperar, los licitadores excluidos, algunos que concurrieron con el propósito de constituir una UTE, interpondrían los recursos procedentes, bien el REMC o los recursos administrativos ordinarios que resultaran procedentes. Seguramente, su fundamentación jurídica se basaría en los siguientes argumentos:

- El artículo 69.2 de la LCSP dispone que «Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciara posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas.



Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará 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, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos».

- El artículo 150.1, párrafo tercero, de la LCSP señala 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. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo».

De ambos preceptos, argumentarían los licitadores excluidos, se deduce que los indicios de colusión deben ser «fundados», lo que requiere una actividad probatoria y motivada por pequeña que esta sea.

Además, señalarían, que acontece que el procedimiento a que se refiere el artículo 150 de la LCSP no se ha aprobado reglamentariamente, y que, en todo caso respecto de una UTE, el artículo 69 de la LCSP prevé un procedimiento contradictorio en el que se da la oportunidad a las empresas para que expliquen su actuación de modo similar al procedimiento seguido con las ofertas incursas en presunción de temeridad.

En base a todo ello, podrían perfectamente concluir que las exclusiones han causado un estado de indefensión en los licitadores, ya que se han acordado a partir de indicios presuntamente acontecidos en el procedimiento de licitación, sin que se les hayan concedido trámite alguno de aclaración ni de audiencia, y sin que ni el servicio de defensa de la competencia ni el órgano de contratación les hayan permitido acceder a la información contenida en los expedientes.

A la vista de este panorama, a juicio de los autores de esta obra, debe «ponerse hielo» a la hora de analizar cómo debe reaccionar el órgano de contratación cuando, a tenor del artículo 150.1, párrafo tercero, de la LCSP, observa indicios

colusorios. A la vista de este asunto y del ejemplo planteado, a tenor de la normativa aplicable (1598), el órgano de contratación debería tener presentes los siguientes criterios interpretativos:

- Tanto la Directiva 2014/24/UE como la LCSP califican de irregular o inaceptable la oferta que muestre indicios de colusión, siendo esta motivo de exclusión.
- En cuanto a la calificación de una conducta como colusoria, ha de estarse a lo establecido en el artículo 1 de la citada Ley 15/2007.
- Las decisiones del órgano de contratación en el procedimiento de licitación son independientes de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia que regula la mencionada Ley 15/2007, aunque las opiniones y valoraciones que puedan hacer aquellos órganos de defensa de la competencia, a solicitud de los órganos de contratación, son un elemento esencial a la hora de calificar las conductas.
- Tan solo es exigible la existencia de indicios suficientemente plausibles de una práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, pero en modo alguno se exige la declaración de su existencia mediante una resolución administrativa firme de carácter sancionador o de otro tipo.
- Los licitadores incurso en esos indicios tienen derecho a formular alegaciones y aportar pruebas para justificar la inexistencia de dichas prácticas.

Si el órgano de contratación hubiera actuado, como en el ejemplo propuesto, sin salvaguardar estos criterios interpretativos, sus decisiones de exclusión adolecerían de un vicio de nulidad de pleno derecho, porque se habrían acordado sin haber oído a los licitadores y habiéndose excedido en el ejercicio de sus competencias al haber ido más allá de lo que la LCSP les permite, que se ciñe, en todo caso, al concreto procedimiento de licitación (1599).

(1598) TFUE; Directiva 2014/24/UE a lo largo de su articulado y en consonancia con la jurisprudencia del TJUE, establece medidas cuyo fin se dirige a garantizar la libre competencia {artículos 57.4.d), 57.6}; LCSP (artículos 69.2, referido a las UTEs, 132.1 y 3, 139.3, 150.1, párrafo tercero, aunque conforme a lo previsto en la disposición final decimosexta, tercer párrafo, este último precepto entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria que en él se refiere, 167 e) referido a los procedimientos de licitación con negociación, con abiertos o restringidos seguidos previamente, y 96.4 para contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición; y Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y sus normas de aplicación y desarrollo, que, aunque no son normas de contratación, permiten integrar a efectos interpretativos la LCSP y sus normas de desarrollo.

(1599) Resolución del TACRC número 60/2021, de 22 de enero.



d) *Comprobación del Documento Europeo Único de Contratación*

El artículo 150.2, párrafo primero, de la LCSP dispone 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 (1600), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de 10 días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, aporte la documentación justificativa relativa a los extremos contenidos en el DEUC presentado en su momento por el licitador (1601), salvo que, a tenor del artículo 140.3, párrafo segundo, de la LCSP, el empresario esté inscrito en el ROLECE o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la UE, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos.

A estos efectos, es indiferente que los requisitos se hayan previsto en los PCAPS como un requisito de capacidad y aptitud para contratar o como una condición especial de ejecución del contrato, pues, en todo caso, deberán acreditarse antes de la adjudicación del contrato, sin que pueda quedar diferida la acreditación al momento de la ejecución del contrato, pues la no adjudicación del contrato solo puede acontecer antes de que se dicte el acuerdo de adjudicación (1602).

Respecto de la admisión del licitador y posterior exclusión por no acreditar los extremos señalados en el DEUC, se ha planteado la cuestión de que, si la mesa de

(1600) Resolución del TACRC número 582/2019, de 30 de mayo, en la que señala la obligatoriedad de realizar la notificación, cuando es una UTE la que ha hecho la mejor oferta, no a una de las empresas que diga que actuará como «representante único» pues este, a tenor de la LCSP, aun no ha de ser nombrado hasta que se constituya esta en escritura pública, sino a cada uno de los legítimos representantes de todas las empresas que han manifestado su voluntad de constituirse en UTE en caso de resultar adjudicataria. El artículo 69 de la LCSP señala que la obligación de nombrar un «representante único» nace en el momento de constituirse la UTE, lo que ha de producirse normalmente una vez adjudicado el contrato, sin que sea necesario hacerlo antes, razón por la cual una comunicación efectuada a una sola de ellas no producirá efectos, *per se*, respecto de las restantes empresas, sin que el hecho de que estas pudieran haber tenido conocimiento de dicho requerimiento pueda convalidar lo incorrectamente realizado, sobre todo teniendo en cuenta las gravosas consecuencias, que incluyen la posibilidad de una penalización por la supuesta retirada de la oferta (artículo 150.2 de la LCSP), lo que exige, cuando menos, que se hayan cumplido rigurosamente todos los requisitos formales y materiales necesarios para que se produzcan los citados efectos.

(1601) Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la UE y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, por el que, a partir del 16 de febrero de 2019, ya no es necesaria la Apostilla de La Haya (sello de autenticidad) para legalizar documentos públicos entre países miembros de la UE.

(1602) Resolución del TACRC número 1047/2020, de 5 de octubre.



contratación es el único órgano competente para admitir las ofertas, la admitió, y clasificó las ofertas admitidas y propuso la adjudicación del contrato, entonces el acto de admisión solo podría ser modificado con posterioridad mediante recurso administrativo, revisión de oficio o recurso contencioso-administrativo. La respuesta ha de ser lógicamente negativa a la vista de la naturaleza del acto de calificación derivado del DEUC y de la aplicación del artículo 150.2 de la LCSP. Así, el citado acto de calificación no es un acto de admisión sino de no exclusión de cada licitador (1603), calificación documental que se limita a dicha declaración, pero que no es completa y definitiva, ya que queda condicionada al cumplimiento de la carga de la prueba que pesa sobre el licitador propuesto adjudicatario para acreditar efectivamente, mediante la documentación específica pertinente, que cumple los requisitos de aptitud y capacidad para contratar, obligación que, de no cumplirse, impide la continuación de la participación del licitador en el procedimiento a través de la determinación legal de considerar que ha retirado su oferta. De ello se deduce que no existe, derivado del acto de calificación del DEUC, un trámite de admisión, favorable para el licitador, sin perjuicio de que, si no cumple los requisitos exigidos, no pueda continuar en el procedimiento y sea excluido (1604).

La documentación que debe acreditar el licitador que ha presentado la mejor oferta, es la siguiente:

- 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 en base a la declaración responsable que se plasma en el DEUC, presentado por el licitador o por otras empresas si se recurriera a acreditar la solvencia por medios externos (1605) [artículo 140.1.a) a c), 140.3, párrafo segundo, y 162 de la LCSP], y que se refieren a los siguientes extremos:
 - A que la sociedad está válidamente constituida y que conforme a su objeto social puede presentarse a la licitación, así como que el firmante del DEUC ostenta la debida representación para la presentación de este y de la proposición.

(1603) Resolución del TACRC número 1053/2019, de 23 de septiembre.

(1604) Resolución del TACRC número 1236/2020, de 20 de noviembre.

(1605) El artículo 140.1.c) de la LCSP dispone que «En los casos en que el empresario recurre 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

el procedimiento permita comprobar la autenticidad de la copia e introducir un código seguro de verificación (1609).

Lo señalado, respecto a la aplicación del artículo 150.2, párrafo primero, de la LCSP, pudiera dar la impresión de que no plantea mayor problema para el órgano de contratación, en el caso de los procedimientos abierto ordinario (artículo 157.1, párrafo segundo, y 6 de la LCSP) y simplificado (artículo 159.4.f) 2.º de la LCSP), en los que la mesa de contratación se encargará de formular la propuesta de adjudicación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, propuesta que aquel puede rechazar de forma motivada.

Sin embargo, en el caso del artículo 162.4 de la LCSP, que mantiene la redacción que se daba en el artículo 165.1 del TRLCSP, se dice simplemente 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 invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda conforme a lo señalado en el artículo 164», lo que ha planteado la cuestión de si el órgano de contratación, en estos casos, podría contar con la asistencia de la mesa de contratación para comprobar los extremos a los que se refiere el DEUC, o si, por imperativo de la propia Ley, la tarea de la mesa finalizaría con la formulación de la propuesta de adjudicación. La cuestión más trascendencia porque, como sabemos, a los procedimientos de adjudicación de licitación con negociación (artículo 169.2 de la LCSP), de diálogo competitivo (artículo 174.2 de la LCSP) y de asociación para la innovación (artículo 178.3 de la LCSP) se les aplica el citado artículo 162.4.

La cuestión es aun 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 a que el artículo 150.2 de la LCSP deja claro que, una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, corresponde a los servicios correspondientes de este realizar dichas funciones de comprobación, a juicio de los autores de esta obra, resulta perfectamente acorde, con el sistema contenido en la LCSP y en su

(1609) Véanse el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos, y el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos



debido, debe conferírsele un plazo de 3 días hábiles, al amparo del artículo 81.2 del RGTRLCAP, para que proceda a su subsanación ya que la cumplimentación defectuosa o imperfecta no puede compararse a la retirada de la oferta que se reserva para casos en los que, por ejemplo, no se contesta a la solicitud de información si la oferta presentada se consideraba anormalmente baja, o no se constituye en modo alguno la garantía definitiva en el plazo concedido (1612). A dicha conclusión se llega también aplicando el artículo 73.2 de la LPACAP, que resulta de aplicación supletoria de la LCSP (disposición final cuarta), que prevé que cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo para cumplimentarlo. No se trata de una ampliación del plazo para cumplimentar el trámite, sino de conceder un trámite de subsanación impuesto *ex lege* que no prohíbe el artículo 150.2 de la LCSP (1613). Dicho plazo, en el ámbito de la Contratación Pública, es el recogido en el mencionado artículo 81.2 del RGTRLCAP (1614).

En relación con la aplicación de artículo 150.2, párrafo segundo, de la LCSP, el verdadero «caballo de batalla» de las mesas de contratación radica en la posibilidad de que se pueda conceder un trámite de subsanación al licitador que ha efectuado la mejor oferta.

A tal efecto, es necesario tener en cuenta que resulta aplicable el artículo 28.2 primer inciso de la LPACAP que dispone que los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. Normalmente este supuesto se plantea cuando un determinado documento se encontraba ya en poder de la misma Administración actuante, si bien que para un procedimiento de licitación distinto. A tenor de la disposición final cuarta de la LCSP, los procedimientos regulados en esta Ley se registrarán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la LPACAP y en sus normas complementarias. Por tanto, como se observa que en la normativa específica de contratos no existe un precepto que regule el presente extremo, debe aplicarse subsidiariamente el mencionado artículo 28.2 inciso primero (1615), y, en consecuencia, debe concluirse que en tales supuestos no es procedente la concesión del trámite de subsanación.

(1612) Resoluciones del TACRC números 747/2018, de 31 de julio, y 622/2019, de 6 de junio.

(1613) Resolución del TACRC número 1251/2020, de 20 de noviembre.

(1614) Resoluciones del TACRC números 439/2018, de 27 de abril, 507/2019, de 9 de mayo, 582/2018, de 12 de junio, 604/2018, y 582/2019, de 30 de mayo.

(1615) Resoluciones del TACRC números 198/2018 de 1 de junio, 796/2018, de 14 de septiembre, y 1612/2021, de 12 de noviembre.

habrán de aplicar las consecuencias descritas en el artículo 150.2, párrafo segundo, de la LCSP(1622).

Con la finalidad de ilustrar mejor la aplicación del citado artículo 150.2, párrafos segundo y tercero, de la LCSP, a continuación, se va a hacer referencia a algunos supuestos concretos:

- En relación con la acreditación de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones fiscales y con la Seguridad Social:
 - Solamente es exigible si se desarrolla «actividad de empresa», tal y como resulta de los artículos 13 y 15 del RGTRLCAP(1623). Por lo tanto, cuando los PCAPS prevean dicha acreditación sin prever su posible sustitución por la aportación de una declaración responsable, como estos no pueden oponerse a lo previsto en la normativa citada, debe darse por buena dicha acreditación para demostrar que el licitador se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales y con la Seguridad Social.
 - Respecto a la interpretación del artículo 140.4 de la LCSP que 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»(1624), en relación con un supuesto,

ciones números 747/2018, 749/2018, y 752/2018, entre otras) sobre si hay modificación de la oferta y, por tanto, cabe excluir la oferta presentada por el adjudicatario.

(1622) Informe JCCPE número 6/2021, y Resolución del TACRC número 623/2021, de 21 de mayo.

(1623) Resolución del TACRC número 534/2019, de 16 de mayo. Resolución del TACRC número 1206/2018, de 28 de diciembre, en la que, después de que la jurisprudencia no mantuviera una postura pacífica sobre el particular –por ejemplo en la STSJ de Castilla León de 19 de febrero de 2010, que entendía que para ello era necesario que el licitador tuviera empleados, mientras que en la SAN de 9 de abril de 2014, se señalaba que, al exigirse expresamente en la normativa contractual, deviene en obligación inexcusable de quien pretende contratar con el sector público–, mantuvo lo siguiente: «En efecto, la acreditación de estar al corriente en el cumplimiento de dichas obligaciones solo es necesario si se desarrolla la actividad social de la empresa, no en caso contrario, como resulta del texto de los artículos citados del RGLCAP, de los que se deduce que los respectivos requisitos están vinculados, bien a que se desarrolle la actividad, bien a que exista obligación de presentar las declaraciones correspondientes, lo que no es el caso mientras que no se ejerza o no se haya ejercido la actividad social. Por tanto, este motivo debe ser desestimado».

(1624) Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid número 6/2021, de 17 de diciembre, en el que se ha planteado si la comprobación de la ausencia de prohibición para contratar consistente en estar al corriente en el pago de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social se ha de realizar en dos momentos, a la vista del artículo 140.4 de la LCSP, que dispone que debe concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, cómo acreditar cada uno de



por ejemplo, en el que se ha podido generar una deuda en el tiempo transcurrido entre la presentación de las ofertas y la adjudicación pero que fue cancelada por el licitador en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, cabe señalar que, aunque ciertamente la previsión legal del artículo 140.4 es muy exigente, sin embargo, no está exigiendo necesariamente que hayan concurrido también en todo el «período intermedio», pudiendo por tanto existir deudas en este período intermedio siempre que la capacidad exista en los dos momentos que literalmente cita la LCSP.

Por tanto, este precepto debe ser entendido en el contexto de artículo 1 de la LCSP e interpretado en el sentido de que el licitador ha de probar estar al corriente de dichas obligaciones en el momento de presentación de la oferta que dicha circunstancia subsiste en el momento de perfección del contrato, pero no exige que esta situación deba producirse durante el «período intermedio», es decir, durante todo el procedimiento de licitación (1625).

- Solamente es exigible si el ordenamiento jurídico así lo declara así (1626). Por ejemplo, si los PCAPS requieren que los licitadores se encuentren al corriente en el pago de un determinado impuesto, como el de Actividades Económicas, no tendrán que asumir la obligación de probar esta situación los licitadores que sean empresarios individuales (personas físicas) ya que están exentos en el pago de dicho impuesto (1627). Bastará a dicho efecto con que presenten una declaración acompañada del alta en el referido impuesto (1628).
- En relación con disponer, efectivamente, de determinados medios declarados en el DEUC y que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2 de la LCSP, cabe comentar los

ellos. En relación con el primero, referido al momento de presentar su oferta o solicitud de participación, se produce mediante el DEUC como principio de presunción *iuris tantum* de que en principio se cumple esta condición [por ello, como contraparte a esta presunción inicial, la LCSP establece que, haber incurrido en falsedad al efectuarla, constituye una prohibición de contratar a tenor del artículo 71.1.e)], mientras que el segundo momento, el de la perfección del contrato, se realiza sobre el licitador que ha realizado la mejor oferta deberá hacerse mediante el documento *ad hoc* que permita probar en ese momento dicho extremo en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP.

(1625) Resolución del TACRC números 1116/2017, de 24 de noviembre, y 193/2019, de 1 de marzo. Así mismo, Resolución del OARC número 204/2019, de 28 de noviembre.

(1626) Resolución del TACRC número 714/2019, de 27 de junio.

(1627) Artículo 82.1.c, del Real Decreto Legislativo 2/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

(1628) Resolución del TACRC número 335/2022, de 10 de marzo, señala que, a efectos del Impuesto de Actividades Económicas, es suficiente justificar el alta en la matrícula del referido impuesto.



siguientes supuestos que deberían ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar los PCAPS:

- Habrá que atender, muy especialmente, a los términos genéricos en los que se haya podido exigir la aportación de dicho medio. En este sentido, por ejemplo, la figura del *coworking*, como alternativa a las formas tradicionales de trabajo, es un modelo económico que implica el trabajo individual en un lugar que se comparte sobre una base individual o de colaboración, aprovechando espacios privativos y comunes. Por tanto, será el órgano de contratación el que deberá comprobar si de la documentación que aporte el licitador se colige la disposición de una oficina compatible con los servicios ofrecidos en oficinas contratadas para compartir espacio y gastos comunes, sin que *per se*, el hecho de que se ofrezca una oficina en condiciones de *coworking* sea motivo para entender que no se reúne la condición requerida en los PCAPS (1629).
- Es preciso tener en cuenta la nota de la «fungibilidad» de los medios que pretendan ser adscritos a la ejecución del contrato, por la vía del artículo 76.2 de la LCSP, a efecto de su efectiva acreditación por la aplicación del artículo 150.2 en el momento previo a dictar el acuerdo de adjudicación. De este modo, ese compromiso será «fungible» cuando los medios personales o materiales ofrecidos puedan ser sustituidos por la adscripción de otros, siempre y cuando fueran del mismo tipo, requisitos y calidad. Por ejemplo, si se exige el compromiso de adscribir «2 ingenieros industriales con una experiencia determinada en los 5 últimos años», y así se efectúa por el licitador luego propuesto como adjudicatario, nada impediría que, si uno de dichos ingenieros se incapacita o simplemente incumple su compromiso con aquél, pueda sustituirlo por otro con la misma o mejor titulación, experiencia y demás requisitos exigidos en los PCAPS (1630). Lo mismo cabe decir de las cosas materiales que hubieran sido definidas en los PCAPS en función de la nota de la «fungibilidad» (1631).
- Respecto a la prueba de la «disponibilidad de medios» a través de documentos privados, hay que señalar que ello es perfectamente adecuado. Así, por ejemplo, en relación con la nota de la «fungibilidad» de los medios a adscribir a la ejecución del contrato, si se presentasen contratos laborales diferentes a los declarados en un principio, con independencia de que el órgano de contratación tenga la facultad de comprobar la realidad de la modificación de dichos contratos, su subsanación sería posible perfectamente aportando los corres-

(1629) Resolución del TACRC número 1047/2020, de 5 de octubre.

(1630) Resolución del TACRC número 949/2019, de 14 de agosto.

(1631) Resoluciones del TACR números 747/2018, 749/2018, 343/2019, 660/2019, y 824/2019.

pondientes contratos pues las modificaciones son eficaces desde que se acuerdan entre empresario y trabajadores y en los términos en los que las acuerdan, sin que se pueda exigir, además, la comunicación de las mismas a la autoridad laboral, porque este trámite no tiene carácter constitutivo (1632).

- En relación con la necesaria notificación del requerimiento al licitador por los servicios correspondientes, puede suceder que la misma se haya realizado a través de la dirección de correo electrónico «habilitada» y que dicha notificación haya caducado pero que, sin embargo, sí conste que la misma fue recibida por comparecencia electrónica a través de la PCSP. En este caso se plantea si el órgano de contratación debería entender que el requerimiento no fue atendido por el licitador.

La cuestión debe resolverse atendiendo al régimen jurídico aplicable. La disposición final cuarta.1 de la LCSP, dispone que «Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias» (1633).

Por tanto, ha de acudirse a lo señalado en la LCSP que, en su disposición adicional decimoquinta, contiene una regulación completa de las normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en la LCSP, estableciendo en el apartado primero que «Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante 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».

Por tanto, en un caso como el planteado, la respuesta ha de ser favorable, en principio, a la no exclusión del licitador que ha sido incluido en la propuesta de adjudicación por haber realizado la mejor oferta, quedando solamente por dirimir el *dies a quo*, es decir, el día a partir del cual se entiende practicada la notificación del requerimiento que, como ya se ha señalado, será el de la fecha del envío, si se publicó el mismo día en el perfil de contratante. Sin embargo, si esto no se llegó a producir, debe entenderse no realizada la mencionada notificación por comparecencia electrónica por medio de la LCSP (1634).

(1632) Resolución del TACRC número 4/2020, de 9 de enero.

(1633) Resolución del TACRC número 1165/2020, de 30 de octubre.

(1634) Resolución del TACRC número 116/2021, de 12 de febrero.

C. Ofertas anormalmente bajas

a) *Concepto*

El artículo 149.1 de la LCSP dispone que en los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece dicho artículo (1635). De acuerdo con ello, el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, que en ningún caso puede dar lugar a la exclusión automática de la oferta, sino que necesariamente y en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dicha presunción, para que pueda justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y, por tanto, es susceptible de cumplimiento en sus propios términos. A tal efecto, el requerimiento ha de ser lo más específico posible y adecuado al objeto de determinar la viabilidad de la oferta, atendidos los términos en los que haya sido formulada (1636).

En relación con este asunto, es preciso señalar que, a la hora de valorar si un error puede ser constitutivo de exclusión de la oferta por ser anormalmente baja, por ejemplo, en el caso de que adoleciera de un error en la multiplicación de los precios unitarios, resulta necesario dirimir, para no excluir la oferta, si se trata de el error manifiesto que no impide conocer la verdadera voluntad del licitador, si es de carácter puramente formal o material, y si no altera el principio de la inmutabilidad de su oferta (1637). De este modo, el elemento clave para determinar si la proposición puede ser aceptada, a pesar del error, es que sea viable jurídicamente, es decir, que respete los principios de igualdad de trato, de concurrencia, y de transparencia, de modo que solo será viable la oferta incurso en un error cuando sea posible su cumplimiento en las condiciones en que se realizó, sin alterar su cuantía o sus condiciones esenciales, sin perjuicio de la alteración que proceda efectuar pero respetando este límite infranqueable (1638).

(1635) Resolución del TACRC número 248/2020, de 20 de febrero, en la que señala que no cabe la posibilidad de que, a pesar de que una oferta no estuviera incurso en presunción de anormalidad al amparo del artículo 149 de la LCSP, el órgano de contratación pidiera al licitador la acreditación de la viabilidad de la oferta presentada en lo relativo a los costes y beneficio de su entidad, basándose directamente en la obligatoriedad establecida en la LCSP de respetar las obligaciones en materia social/laboral.

(1636) Resoluciones del TACRC números 877/2017, 1255/2021, 76/2022, 204/2022, 460/2022 y 725/2022.

(1637) Resolución del TACRC número 443/2019, de 25 de abril.

(1638) Resolución del TACRC número 906/2020, de 26 de agosto.

b) *Determinación de parámetros*

El artículo 149.2 de la LCSP dispone que la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los PCAPS los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal (1644). Esa posibilidad es, por tanto, una facultad de la Administración contratante de modo que deberán establecerse los correspondientes parámetros con sujeción a los siguientes criterios (1645):

- Salvo que en los PCAPS se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio (sistema de coste-eficacia), se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado (1646).

Para la valoración de las ofertas económicas se atenderá al valor neto de la obra, prestación o suministro sin tener en cuenta el régimen de imposición indirecta que pudiera corresponder a cada licitador, toda vez que lo contrario vulneraría el principio de igualdad de trato, al hacer depender el juicio del órgano de contratación de un factor, como es el tratamiento fiscal del licitador, plenamente ajeno a los méritos de la oferta presentada. Por este motivo, tampoco se tiene en cuenta a la hora de valorar el coste del servicio, conforme a lo dispuesto en el artículo 102.1 de la LCSP (1647).

Por tanto, la apreciación de la existencia de una proposición anormalmente baja o desproporcionada podrá ser consecuencia directa de que concurren o no los supuestos de hecho contemplados en el artículo 85 del RGTRLCAP (1648).

(1644) Resoluciones del TACRC números 607/2021, de 21 de mayo, en la que se señala que dichos parámetros, por ejemplo, en el caso de subrogación de trabajadores ex artículo 130 de la LCSP, no deben quedar referenciados a la «organización del trabajo realizada por el anterior contratista», y 385/2022, de 31 de marzo.

(1645) Resolución del TACRC número 344/2015, de 17 de abril, e Informes JCCA números 28/2005, de 26 de octubre, y 58/2008, de 31 de marzo de 2009.

(1646) Resoluciones TACRC número 807/2018, de 14 de septiembre, y 128/2022, de 3 de febrero.

(1647) Resoluciones del TACRC números 1052/2021, de 2 de septiembre, 1676/2021, de 19 de noviembre, y 637/2022, de 26 de mayo.

(1648) Resolución TACRC número 1700/2021, de 25 de noviembre, aclara a la vista del artículo 85 del RGTRLCAP que se refiere, como podía ser de otro modo, al «presupuesto base de licitación» pues era el único concepto que recogía el TRLCAP, que, para la determinación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, debe tomarse el importe de estas sin consideración al IVA. De este modo, se considerarán ofertas desproporcionadas o anormales 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.

De hecho, a juicio de los autores de esta obra, es bastante habitual que en los PCAPS se haga una mera referencia, sin más, al citado precepto (1649). Sin embargo, a juicio de los autores de esta obra, cuando se presentan un número apreciable de ofertas la aplicación, sin más, de dicho precepto no facilita ni mucho menos la identificación de una oferta incurso en presunción de anormalidad (1650). Por ello, a la vista de las diferentes y paradójicas situaciones que

-
- Concurrencia de 2 licitadores: Su oferta sea inferior al valor estimado del contrato en más de 20 por ciento a la otra oferta.
 - Concurrencia de 3 licitadores: Las ofertas que sean inferiores al valor estimado del contrato 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.

(1649) A título de ejemplo, por todas, cabe citar la Resolución del TACRC número 725/2022, de 16 de junio, en la que se incluye una cláusula genérica del siguiente tenor literal: «Parámetros objetivos para identificar una oferta como anormal: Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 85 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».

(1650) Se trata de asuntos como los tratados en la Resolución del TACRC número 482/2022, de 27 de abril, en la que se analiza, en el seno de un contrato de servicios dividido por lotes celebrado dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española, una cláusula del siguiente tenor literal:

«VIII.8.4. Ofertas con valores anormales o desproporcionados.

VIII.8.4.1. En el caso de que se prevea en el apartado vigésimo segundo (22) del Cuadro-Resumen, la propuesta de adjudicación a la empresa licitadora que presente la oferta económicamente más ventajosa no procederá cuando, el Órgano de Contratación presuma fundadamente que la proposición no pueda ser cumplida como consecuencia de la inclusión en la misma de valores anormales o desproporcionados. Cuando para la adjudicación del contrato se tome en consideración más de un criterio de valoración, la temeridad solo se apreciará respecto de la oferta económica.

VIII.8.4.2 El carácter desproporcionado o anormal de las ofertas se apreciará de acuerdo con los parámetros objetivos establecidos por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, que se encuentren en los siguientes supuestos:

- a) Cuando, concurriendo un solo licitador, sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.
- b) Cuando concurren dos licitadores, la que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.
- c) Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas.



pueden derivarse de la aplicación del mencionado precepto (1651), se recomienda que el órgano de contratación diseñe, al amparo del principio de libertad de

No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.

- d) Cuando concurren cuatro o más licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, 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 tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía».

(1651) Para analizar dicha cuestión, imaginemos un contrato al que se ha presentado las siguientes ofertas:

- A. 1.200.000 euros.
- B. 1.100.000 euros.
- C. 1.000.000 euros.
- D. 890.000 euros.
- E. 880.000 euros.
- F. 860.000 euros.
- G. 850.000 euros.

Para determinar, en aplicación del mencionado artículo 85.4, las posibles ofertas que estarán incursas en presunción de anormalidad y a las que deberá aplicarse el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP, el órgano de contratación deberá realizar las siguientes operaciones:

1. Presunción de anormalidad por debajo de la media aritmética de las ofertas presentadas:
Se calcula la media de las ofertas presentadas para, a continuación, declarar incursas en presunción de anormalidad, en su caso, aquellas ofertas cuyo importe sea inferior en un 10 por ciento a dicha media.
En el ejemplo, se presentan 7 ofertas siendo la media de ellas 968.571,42 euros: Se advierte que 2 (860.000, y 850.000) son inferiores al 10 por ciento de dicha media (871.714,28), estando, por ello, incursas en presunción de anormalidad.
2. Presunción de anormalidad por encima de la media aritmética de las ofertas presentadas:
Se observará, a la vista de la media señalada (968.571,42), si hay alguna oferta que fuese superior al 10 por ciento, en este caso a 1.065.428,50. En el ejemplo se observa que hay 2 ofertas (1.200.000, y 1.100.000). Procede, a tenor del artículo 85.4 del RGTRLCAP, calcular una nueva media solamente con las ofertas que no se encuentren en dicho supuesto (en el ejemplo, 1.000.000, 890.000, y 880.000). En este caso, la nueva media será de 923.333,33. De este modo, las citadas ofertas (1.200.000, y 1.100.000) se encontrarán incursas en presunción de anormalidad.
3. Presunción de anormalidad cuando, habiéndose presentado 4 o más ofertas y por el procedimiento del artículo 149 de la LCSP, el órgano de contratación se queda con menos de 3 ofertas fruto de las exclusiones que hubiese acordado. En este caso, de un modo muy escueto, el inciso final del citado artículo 85.4 del RGTRLCAP señala que «En todo caso,



pactos que se consagra en el artículo 34 de la LCSP, unas fórmulas *ad hoc* para determinar si las ofertas se encontrarían incursas en presunción de anormalidad a la vista de la estrategia concreta que presenta cada contrato público.

- Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los PCAPS que rigen el contrato, en los cuales se han 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.

En relación con este criterio, es preciso significar que la interpretación que cabe hacer del artículo 149.2,b) LCSP en relación con el artículo 85 del RGTRLCAP, es que cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, incluyendo los dependientes de un juicio de valor, no resulta necesario que los parámetros objetivos se establezcan respecto de todos los diferentes criterios de adjudicación, sino que es posible que se limiten solo a varios de ellos, que se consideran relevantes a los efectos de determinar la temeridad, siempre que, claro está, se cumpla escrupulosamente la exigencia de que los parámetros objetivos, que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, deben quedar referidos a la oferta considerada en su conjunto (así, por ejemplo, un precio extremadamente bajo puede desencadenar que la oferta sea anormalmente baja pero también es cierto que la oferta puede convertirse en inviable como consecuencia de una propuesta inasumible desde el punto de vista técnico). En este punto, la discrecionalidad técnica de la mesa o del comité de expertos, a la hora valorar las proposiciones en los criterios dependientes de un juicio de valor, es fundamental (1652).

Por el contrario, si en los PCAPS solamente se menciona la comparación de las ofertas de los licitadores en relación solamente a la puntuación con una

si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía».

En el ejemplo, imaginemos dos escenarios:

- Si las 2 ofertas que finalmente no han quedado incursas en presunción de anormalidad son las de 890.000 y 880.000, la media se realizará en base a las 3 ofertas de menor cuantía (en el ejemplo, en base a las ofertas de 880.000, 860.000, y 850.000, resultando una media de 863.333,33), en cuyo caso al no superar el importe del 10 por ciento (949.666,66) no se encontrarían en presunción de anormalidad.
- Si las 2 ofertas que finalmente no han quedado incursas en presunción de anormalidad son las de 1.000.000 y 880.000, la media se realizará, como en el supuesto anterior en base a las 3 ofertas de menor cuantía dando un importe de 863.333,33, pero, a diferencia de lo previsto en el párrafo anterior, la oferta de 1.000.000 sí estaría incursa en dicha presunción por superar el 10 por ciento (949.666,66) mientras que la de 880.000 no se encontraría en dicha situación.

(1652) Informes JCCPE números 113/2018, y 119/2018.



fórmula (como, por ejemplo, «Se considerará como anormal o desproporcionada toda proposición cuya puntuación exceda en un 20% a la media de las admitidas...»), hay que concluir que dicha puntuación se refiere, salvo que el PCAPS lo puntualice debidamente, a la puntuación final de todos los criterios de adjudicación (1653).

En relación con lo señalado, en relación con la concreción que el órgano de contratación deberá dejar fijada en los PCAPS, se han producido algunos supuestos que, a juicio de los autores de esta obra, han de ser analizados para que los órganos de contratación los tengan presentes a la hora de fijar su estrategia contractual. Dichos supuestos, entre otros muchos que pudieran analizarse, son los siguientes:

- Cuando los precios ofertados no cubren coste alguno del servicio o lo cubren solamente de forma muy escasa, por ejemplo, cuando un licitador realiza una oferta «irrisoria», con la finalidad de obtener la máxima puntuación, si en los PCAPS no se ha establecido nada expresamente, la mesa y el órgano de contratación se encontrarán ante un serio problema (1654). Para intentar salir de él, deberían analizar la oferta presentada ejerciendo la potestad discrecional sobre el concepto jurídico indeterminado que plantea el artículo 149.1 de la LCSP respecto a que la misma finalmente resulte «inviabile». Para ello, deberían optar entre realizarlo respecto al conjunto o globalidad de las proposiciones presentadas, o, de forma específica, comparando cada oferta con cada uno de los bienes o servicios licitados, de forma que la oferta pueda ser anormal, aunque no lo sea el conjunto de la misma (1655).
- Cuando los PCAPS fijan los parámetros, pero solamente sobre parte del objeto contractual. Por ejemplo, sería el caso de un contrato de concesión de servicios, de gestión de residuos, en el que los PCAPS solamente fijaran valores anormales o desproporcionados para la recogida pero no para su transporte y, además, lo hacía exclusivamente respecto de las «ofertas presentadas».

(1653) Resolución del TACRC número 468/2020, de 26 de marzo.

(1654) Resoluciones del TACRC números 176/2020, de 6 de febrero, en la que señala que aparentemente pretende obtener la mejor puntuación del criterio con su oferta cero, pero su verdadera finalidad es impedir que el resto de los licitadores obtengan la puntuación proporcional de su oferta al hacer con su oferta 0 inoperante la fórmula de valoración para el resto de las ofertas correctas, que han cumplido lo exigido por el PCAP, esto es, ofertar un precio, 1737/2021, de 2 de diciembre, en la que declara que las ofertas con precios cercanos a cero son ofertas presentadas en fraude de ley, 1932/2021, de 29 de diciembre, en la que señala que, la fijación de una oferta ilimitada y gratuita de horas sin acompañarse de mecanismo alguno para evitar que se presenten ofertas desproporcionadas, es decir, ofertas en fraude de ley, desnaturaliza totalmente el criterio, impidiendo su aplicación razonable, con claro perjuicio a aquellas otras que se ajusten a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y 683/2022, de 7 de junio.

(1655) Resolución del TACRC número 1060/2020, de 5 de octubre.

En este caso, a diferencia del supuesto anterior, el órgano de contratación está vinculado por la estrategia fijada en los PCAPS, de modo que no podría entrar a valorar si los costes de transporte incurren o no en anomalía pues ello determinaría el incumplimiento de los propios PCAPS (1656).

Dada la inseguridad jurídica que proporcionan situaciones como las señaladas, a juicio de los autores de esta obra, estas deberían quedar específicamente fijadas en los PCAPS como desencadenantes, en su caso, de la declaración de la oferta como anormalmente baja.

c) Procedimiento

1. Cuestión previa: Acceso resto de ofertas

En relación con el procedimiento a seguir para determinar si una presunción de baja anormal debe de dar con la exclusión de un licitador, se ha planteado si, en el trámite contradictorio que ha de efectuarse, este se encuentra legitimado para acceder al contenido de las ofertas técnicas y económicas de sus competidores y, especialmente, del que haya presentado la mejor oferta (1657).

Respecto de dicho asunto, el artículo 16.1, párrafo primero, del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que, si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del REMC, deberá solicitarlo al órgano de contratación que tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en los artículos 52 y 133 de la LCSP.

Pugnan, por tanto, el derecho al acceso al expediente para evitar indefensión y el derecho de confidencialidad de las empresas competidoras, dentro de las cuales es posible que la que ha hecho la mejor oferta hubiera manifestado expresamente su voluntad contraria a desvelar su oferta.

En relación con este asunto, en general, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter instrumental, es decir, no sería imprescindible más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la aclaración de la oferta presentada (1658). Por su parte, respecto de la obligación de reserva del derecho de confidencialidad que pende sobre el órgano de contratación, este ha de denegar el acceso a la

(1656) Resolución del TACRC número 313/2019, de 29 de marzo.

(1657) Resolución del TACRC número 1601/2021, de 12 de noviembre.

(1658) Resolución del TACRC números 248/2015, y 149/2018.

información que los propios licitadores hayan designado como confidencial al presentar su oferta, declaración que, como se indica en esta obra, no puede extenderse a la totalidad de la misma.

Descendiendo al análisis de la necesidad de acceder al contenido económico de la ofertas presentadas, bajo el pretexto de «descartar posibles errores aritméticos en el cálculo del umbral de temeridad», resulta evidente, a juicio de los autores de esta obra, que el licitador conoce los datos hechos públicos por la mesa de contratación y con la realización de un simple cálculo podrá advertir si, a la vista de los PCAPS y de lo previsto en el artículo 85 del RGTRLCAP, su oferta está o no incurso en presunción de anormalidad.

Por lo que se refiere al acceso a las ofertas técnicas de los licitadores, bajo el pretexto de valorar a tenor del artículo 149.4,b) de la LCSP «Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras», debe realizarse, a juicio de los autores de esta obra, en relación con la generalidad del Sector de que, en cada caso, se trate y no respecto del resto de ofertas presentadas. A mayor abundamiento, esta postura es la única congruente con el cronograma de este trámite de aclaración de la oferta incurso en presunción de anormalidad pues, de lo contrario, habría que conceder el acceso a los aspectos técnicos del resto de ofertas antes de instruir el procedimiento al amparo del artículo 149 de la LCSP, y esta cuestión no se recoge en dicho precepto.

2. Contenido

El artículo 149.3 de la LCSP dispone que cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio (1659), 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 juntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurren en UTE (1660).

El artículo 149.4 de la LCSP señala 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, deberán iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dicha presunción, para que pueda justificar satisfactoriamente, mediante la presentación de aquella infor-

(1659) Resolución del TACRC número 541/2016, de 8 de julio, sobre sociedades vinculadas a efectos de la Contratación Pública.

(1660) 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.

mación y documentos que resulten pertinentes, el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y, por tanto, es susceptible de cumplimiento en sus propios términos. A tal efecto, para la aplicación del procedimiento regulado en dicho artículo, es imprescindible que, a la vista de los valores establecidos en el PCAPS, se estime que la oferta está incurso en presunción de anormalidad, sin que pueda sustentarse el mismo sobre una decisión efectuada por el órgano de contratación en el ejercicio de una pretendida facultad discrecional cuando, si no tiene fundamento en la LCSP, se trata de una decisión arbitraria que, como tal, incurre, a juicio de los autores de esta obra, en un vicio de nulidad de pleno derecho (1661).

Sobre este último particular, a juicio de los autores de esta obra, no se requiere que, en todo caso, se haga una concreta y específica acreditación de cada uno de los extremos alegados, sino que bastará con que el licitador pueda acreditar en su conjunto la viabilidad de la oferta o proposición presentada (1662). Para ello, la petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta (1663). A tal efecto, el requerimiento ha de ser lo más específico posible y adecuado al objeto de determinar dicha viabilidad, atendidos los términos en los que haya sido formulada la oferta (1664).

En consecuencia, no será procedente acordar, sin más, la exclusión de un licitador porque, en un contrato diferente del de obras, su oferta se separe de los porcentajes fijados en el artículo 131.1 del RGTRLCAP, en concepto de costes por gastos generales (del 13 al 17 por ciento) y por beneficio industrial para el contrato de obras (6 por ciento), ya que tienen carácter orientativo cuando se utilizan para finalidades distintas de la fijación del presupuesto base de licitación del contrato (1665).

Concretamente, la mesa de contratación o, en su defecto el órgano de contratación, podrán pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

(1661) Resolución del TACRC número 1929/2021, de 29 de diciembre.

(1662) Resolución del TACRC número 1147/2018, de 17 de diciembre.

(1663) Resoluciones del TACRC números 1568/2021, de 11 de noviembre, 1593/2021, de 12 de noviembre, y 69/2022, de 14 de enero.

(1664) Resoluciones del TACRC números 877/2017, 76/2022, y 204/2022.

(1665) Resolución del TACRC números 683/2016, 124/2020, 1759/2021 (señala que no hay temeridad cuando lo que se reduce es el porcentaje presupuestado para el beneficio industrial), y 1852/2021 (declara que el órgano de contratación ha de motivar suficientemente su decisión sin que sea suficiente con que la fundamente en unos porcentajes por gastos generales y por beneficio industrial inferiores a los que el órgano de contratación, con carácter general, considera adecuados).

- Al ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- 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 posible obtención de una ayuda de Estado.

El artículo 149.5 de la LCSP dispone que en los casos en que se compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato SARA.

- 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 (1666), no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 de la LCSP.

Respecto a este reenvío, aunque en un primer momento se abogó por entender que la oferta de un licitador debía estimarse desproporcionada por el simple hecho de que incluyera costes por debajo de lo previsto en el Convenio Colectivo Sectorial aplicable (1667), sin embargo, a juicio de los autores de esta obra, se ha de defender que el órgano de contratación ha de permanecer por completo ajeno a la manera que ha sido utilizada por el licitador para elaborar su proposición. Por ello, la obligada exigencia que impone la LCSP en orden a que los PCAPS contemplen el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (1668), por parte del contratista

(1666) Resoluciones del TACRC números 1437/2019, de 11 de diciembre, y 46/2020, de 16 de enero. El Considerando 40 de la Directiva 2014/24/UE vincula el examen y exclusión de las ofertas anormalmente bajas al control del cumplimiento de las disposiciones de derecho medioambiental, social y laboral, señalando, en su Considerando 39, que «el incumplimiento de las respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público».

(1667) 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.

(1668) Resolución del TACRC número 32/2021, de 8 de enero, en la que considera inadecuada la exclusión automática de un licitador en base a una cláusula del siguiente tenor: «De acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, para presumir que una oferta ha sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, la oferta

(artículos 1.3; 100.2; 101.2; 102.3; 122.2; 149.4 párrafo tercero; y 201 de la LCSP) debe interpretarse de la siguiente manera(1669):

- Que no se pueda acordar la exclusión automática del licitador, que haya hecho la mejor oferta, en base a que en la misma se haya incluido un coste que resulte inferior a lo señalado en el convenio colectivo sectorial.
- Que la circunstancia, a la que se refiere el párrafo anterior, no supone por sí misma que el licitador vaya a infringir a la hora de abonar sus retribuciones a los trabajadores el mencionado convenio.

En este sentido, no resultaría adecuada una cláusula que, por ejemplo, tuviera este tenor literal: «Sin perjuicio de los parámetros anteriores, en el caso de identificarse una proposición que implique el incumplimiento del Convenio Colectivo aplicable, aquella será automáticamente rechazada del procedimiento acordándose su exclusión» (1670).

- Que no hay que olvidar que el órgano de contratación también es garante del cumplimiento de una serie de requisitos formales que imperan para dar cumplimiento a los principios de libertad de concurrencia y no discriminación, y que impiden la exclusión de una oferta por ser inviable desde un punto de vista económico, sin atender a lo dispuesto en los PCAPS acerca de los criterios para que una se entienda que se incurre en baja, calculada «en su conjunto»(1671), y sin previa tramitación del procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP, con la finalidad de recabar la solicitud de información y explicación por parte del propio licitador.

También respecto al respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, ha surgido la duda sobre los términos en los cuales se debería manifestar la cláusula de los PCAPS en la que se estableciera la obligación de cumplir con las obligaciones en materia de costes salariales. Obsérvese que mientras que el artículo 149.4 se refiere al respeto de los «convenios colectivos sectoriales vigentes», el artículo 201 de la LCSP lo que hace es garantizar

considerada en su conjunto (suma de los criterios B.1+B.2), se atenderá a lo establecido en el artículo 85 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 (BOE núm. 257 de 26 de octubre de 2001). Así mismo, se entenderá como anormalmente baja cualquier oferta que, considerada en su conjunto (suma de los criterios B.1+B.2), resulte con una cuantía económica que esté por debajo de los costes salariales y de seguridad social establecidos según el Convenio Colectivo Nacional de Prensa No diaria, publicado en el BOE de fecha 23 de diciembre de 2013».

(1669) Resoluciones del TACRC números Resolución del TACRC número 657/2020, y 663/2020, de 4 de junio.

(1670) Resolución del TACRC número 72/2021, de 29 de enero.

(1671) Resoluciones del TACRC números 824/2014, 669/2017, y 960/2018.



que el contratista, en la ejecución del contrato, ha de cumplir con las obligaciones establecidas en los «convenios colectivos» (el que resulte de aplicación). Por si lo anterior no fuera suficiente, el artículo 122.2 de la LCSP dispone, en línea con el artículo 149.4, que «En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán [...] la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación [...]», mientras que el artículo 35.n) de la LCSP, en línea con el artículo 201, señala que en los documentos de formalización de los contratos figurará «La obligación de la empresa contratista de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación».

Planteadas en estos términos la controversia interpretativa, surge la duda, por ejemplo, si se debe excluir una oferta por presunción de baja desproporcionada porque el licitador hubiera fijado los costes salariales de acuerdo con el convenio colectivo de empresa. A la vista de dicha problemática, a juicio de los autores de esta obra, cabe señalar que, para evitar este tipo de situaciones, debería incluirse una cláusula en los PCAPS en la que se señalara expresamente la obligación de que se formularan los costes en atención al «respeto de las obligaciones salariales que resulten del convenio colectivo que se encuentre en vigor». Normalmente será el convenio colectivo sectorial, pero, en los casos en que resulte de aplicación un convenio colectivo distinto, habrá que estar a las obligaciones salariales establecidas en este (1672).

– A la aplicación de la figura de la subcontratación.

Ante el requerimiento que se efectúa al licitador que ha hecho la mejor oferta pero que se encuentra en presunción de baja desproporcionada, es relativamente frecuente que este esgrima la aplicación de la figura de la subcontratación que se contempla en el artículo 215 de la LCSP.

Para prevenir esta situación (1673), resultaría imprescindible que en los PCAPS se incluyera el contenido de los apartados a) y b) del artículo 215.2 (1674) pues,

(1672) Resolución del TACRC número 1464/2019, de 19 de diciembre.

(1673) Resolución del TACRC número 314/2021, de 31 de marzo.

(1674) En cuyo caso, 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, y, además, en todo caso, que el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su

solamente en este caso, a la hora de analizar una oferta anormalmente baja y poner en marcha el mecanismo contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP, podrá exigirse al licitador, porque así se haya recogido expresamente en los PCAPS por considerar que es crítico o crucial este extremo para el contrato, que acredite los acuerdos comerciales suscritos con los futuros subcontratistas para, en caso de que no lo hiciera, proceder a excluirlo por no justificar suficientemente los costes de subcontratación afirmando que los mismos se fundamentan en una mera hipótesis.

Si en los PCAPS no se hubiese hecho referencia a las letras a) y b) del artículo 215.2, o si solamente se hubiese incluido el contenido de la letra b) de dicho precepto (1675), no será posible exigir la acreditación de los acuerdos comerciales suscritos con los futuros subcontratistas, razón por la cual será admisible para justificar los extremos en los que se concretará la subcontratación fórmulas genéricas como, por ejemplo, la siguiente manifestada por el licitador en el trámite del artículo 149 de la LCSP: «... se negociarán acuerdos definitivos antes del inicio de la ejecución con las empresas que vengan realizando un trabajo satisfactorio actualmente que son aquellas que por otro lado tienen los precios más ajustados...».

En relación con la necesaria justificación de la oferta que deba realizar el licitador, es preciso recordar que, en el caso de los Centros Especiales de Empleo, bastará con que acrediten dicha naturaleza de cara a acreditar las subvenciones y bonificaciones de las que se beneficiarán y que harán que su oferta sea más competitiva dada la casi automaticidad de las ayudas previstas (1676), pues bastaría con el requisito de ser centro especial y emplear a trabajadores minusválidos (1677).

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente (1678). Hay que extremar el cuidado en el examen de las ofertas calificadas como desproporcionadas, de modo que, si se hubiese

experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71 de la LCSP.

(1675) El contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71 de la LCSP.

(1676) Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo.

(1677) Resolución del TACRC número 1017/2020, de 28 de septiembre.

(1678) Resoluciones del TACRC números 1014/2020, de 28 de septiembre, y 1799/2021, de 2 de diciembre.

contado con un asesoramiento técnico apropiado, es bastante factible que se hubiese podido llegar a un resultado distinto, la exclusión de la oferta y la adjudicación a otra licitadora, y a evitar problemas en la ejecución del contrato (1679). En este sentido, resulta aplicable lo ya señalado en esta obra respecto a la «discrecionalidad técnica» de la Administración, en virtud de la cual los informes de valoración de la justificación de las bajas desproporcionadas (1680) están sometidos a un control jurídico limitado, como por ejemplo en el caso de que una oferta determinada pudieran aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones (1681). Por ejemplo, no resultaría adecuada la justificación basada en que «el importe total del presupuesto destinado a gastos generales podría justificarse más en cuanto a los costes necesarios para llevar a cabo este contrato en las condiciones de calidad exigidas» (1682).

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico. En este sentido, no resultará admisible, a la vista de lo señalado en la LCSP, lo previsto en el artículo 85.6 del RGTRLCAP cuando disponía que «Para la valoración de la ofertas como desproporcionadas, la mesa de contratación podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada», pues la justificación siempre ha de ser objetiva, sin perjuicio de que, por ejemplo, la solvencia financiera de la empresa le permita reducir costes (1683).

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 acepta-

(1679) Informe de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de 11 de julio de 2019, en relación con la resolución de un contrato de obras (Ala Este de la Residencia de Oficiales y Suboficiales de la Armada en Las Palmas de Gran Canaria).

(1680) Resoluciones del TACRC números 1116/2015 y 1170/2015 con cita de diferentes sentencias: STC 37/1982, de 16 de junio, SSTS de 9 de junio de 1986, de 31 de octubre de 1995, de 20 de enero de 1998, de 11 y de 13 de febrero, de 9 de marzo, de 25 de mayo, y de 15 de junio de 1998, de 19 de febrero, y de 5 de mayo 1999, y de 13 de enero de 2000.

(1681) Resoluciones del TACRC números 812/2018, de 14 de septiembre, 1168/2018, de 17 de diciembre, y 109/2019, de 8 de febrero.

(1682) Resoluciones del TACRC números Resolución 124/2020, de 30 de enero, y 283/2020, de 27 de febrero.

(1683) Resolución del TACRC número 513/2020, de 2 de abril.

excluido tales ofertas (1687). De este modo será posible que el órgano de contratación realice la adjudicación en favor de la proposición que presente la mejor oferta y que sea viable. Además, tal conclusión no solo es aplicable al procedimiento abierto o al restringido, sino que es perfectamente admisible en el procedimiento abierto simplificado por expresa aplicación de lo dispuesto en el artículo 159.4.f).1.º de la LCSP.

El artículo 149.7 de la LCSP dispone que, cuando una empresa que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, no se debe aducir necesariamente una motivación distinta de la ya expuesta por el propio licitador (1688), pero señala, y esto es capital, que el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución, 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.

Lo que, en ningún caso será adecuado, es dejar sin efecto la admisión de la oferta acordada en el procedimiento de ofertas anormales del artículo 149 LCSP y la propuesta de adjudicación a favor del licitador, sin que se siga el cauce adecuado de revisión de oficio de actos preparatorios indicado en el artículo 41.1 de la LCSP, que se remite expresamente a lo previsto en el Capítulo I del Título V de la LPACAP (1689)

D. Acuerdo de adjudicación

a) Cuestión previa

La adjudicación de un contrato sin la previa tramitación del procedimiento de comprobación de los requisitos previos del artículo 140, previsto en el artículo 150.2, párrafo primero, de la LCSP, ocasiona la nulidad de pleno derecho del contrato, no solamente por la omisión de un trámite esencial sino por las consecuencias que se derivan de esta, es decir, porque se ha facilitado la adjudicación a favor de un licitador sobre el cual no se ha comprobado que reuniera los requisitos que la LCSP entiende exigibles para celebrar contratos. En este sentido, no sería posible atender a los razonamientos que pudiera plantear un órgano de contratación en relación con la consideración de que la falta de comprobación

(1687) Informe JCCPE número 16/2020, que anteriormente se había mantenido en las Resoluciones números 828/2018 y 385/2019, del TACRC y del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid, respectivamente. Véase, recientemente, la Resolución del TACRC número 265/2022, de 24 de febrero.

(1688) Directiva 2014/24/UE, en su artículo 69.3, y Directiva 2014/25/UE, artículo 84.3.

(1689) Resolución del TACRC número 1783/2021, de 2 de diciembre.

diente acuerdo de adjudicación (1693), pueda demostrar que dichos criterios han permitido modular justificadamente la puntuación que se concede a cada licitador.

En relación con las condiciones que han de concurrir para que se entienda motivado el acuerdo de adjudicación, cabe señalar las siguientes (1694):

– Sobre el contenido de fondo:

- Con la motivación se trata de poner en conocimiento de los licitadores el proceso lógico seguido por el órgano de contratación para proceder a la adjudicación (1695), siendo el parámetro al que ha de atenderse, para juzgar sobre si aquella es o no bastante, el de si permite al destinatario interponer un recurso fundado (1696).

Por esa razón, no basta con consignar la puntuación obtenida (1697), si no se acompaña de la expresión de los concretos motivos por los que la oferta ha alcanzado una puntuación y no otra (1698), o 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 del acuerdo de adjudicación (1699).

- Ha de recoger los datos que permitan conocer al licitador descartado las razones por la que no se ha producido la adjudicación a su favor, con indicación de la puntuación total obtenida por las ofertas de los licitadores, así como indicación de la puntuación parcial en cada uno de los criterios.

(1693) 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».

(1694) Resolución del TACRC número 1438/2019, de 11 de diciembre.

(1695) Resoluciones del TACRC números 153/2013, 254/2013, 599/2013, y 383/2014, entre otras.

(1696) Resoluciones del TACRC números 187/2011, 287/2011, 171/2012, 198/2012, 294/2012, 282/2014, 437/2015 y 658/2015, entre otras.

(1697) Resolución del TACRC número 1839/2021, de 16 de diciembre, en la que señala que el acto no está motivado porque se limita a un resumen de las puntuaciones obtenidas por los licitadores, sin acompañarlo del informe de valoración, añadiendo que no suficiente con acudir a una motivación *in aliunde*, es decir, basada en referencia a informes o dictámenes que figuren en el expediente de contratación, basada en la mera posibilidad del licitador de acceder a través del portal o sede electrónica del órgano de contratación al expediente de contratación y al correspondiente informe de valoración, cuando no se le ha facilitado el informe con la resolución, ni se ha publicado en el perfil del contratante, ni se le ha advertido de la posibilidad de acceder al informe por dicha vía.

(1698) Resoluciones del TACRC números 44/2012, 185/2014, 475/2014 y 718/2014.

(1699) Resolución del TACRC número 166/2011, de 15 de junio.



– Sobre la notificación al licitador no seleccionado:

- La obligación de notificar individualmente al licitador no seleccionado la adjudicación con los requisitos de motivación que previene el artículo 151 de la LCSP, no queda excluida por la publicación en la PCSP de información adicional (actas o informes de valoración) de la que pueda inferirse la información necesaria para recurrir, ya que la publicación tiene una finalidad distinta de la notificación individual, pues aquella se dirige a hacer efectivos los principios de publicidad y transparencia, permitiendo a todos, no solo a los licitadores, conocer cuanto en el proceso de licitación ha sucedido, mientras que la notificación individual al licitador participante en dicho procedimiento se dirige a articular su derecho al recurso, como vertiente del derecho de defensa.
- No es excusa admisible para el incumplimiento de las obligaciones del órgano de contratación, tanto de notificación como de publicidad, la inasistencia de los licitadores a los actos públicos de apertura, presencial u *on line*. La publicidad de tales actos no es sino un mecanismo de garantía de que la apertura de las proposiciones se produce conjuntamente y en un solo acto, sin vulnerar el secreto de las proposiciones y, por tanto, la igualdad de los licitadores, de modo que estos puedan tener constancia directa de la apertura de las ofertas. Es así esa publicidad una carga para el órgano de contratación, pero para el licitador es una mera facultad de poder acudir al acto, de la que puede o no hacer uso, pero sin que su presencia meramente voluntaria en el acto público sustituya a la notificación individual de la adjudicación, ni a la publicación en el perfil del contratante.

El artículo 151.2, párrafo primero, de la LCSP dispone que, sin perjuicio de la obligación que pende sobre el órgano de contratación de informar a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la adjudicación del contrato (1700) (artículo 155.1 de la LCSP (1701)), la notificación y la publicidad del acuerdo de adjudicación deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en

(1700) Resolución del TACRC número 62/2012, de 29 de febrero.

(1701) 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 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,



el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación (1702).

En relación con la citada información, es preciso realizar las siguientes consideraciones:

- 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 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 (1703).
- La insuficiencia de motivación puede quedar subsanada por cualquier informe que conste en el expediente y al que tenga acceso el recurrente, ya que lo principal de la exigencia de la motivación es que los licitadores puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva e impugnar con conocimiento de causa una resolución en materia contractual que les perjudica sin que, en ningún caso, por desconocimiento de los motivos que justifican aquella, pueda provocársele indefensión (1704).

los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales.

- 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.
- A todo licitador que haya presentado una oferta admisible, del desarrollo de las negociaciones y del diálogo con los licitadores.

(1702) De lo contrario se estaría privando al licitador notificado de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz y útil, produciéndole por ello indefensión (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»).

(1703) 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, de 31 de octubre de 1995, de 20 de enero 1998, de 11 y de 13 de febrero, de 9 de marzo 1998, de 25 de mayo 1998, de 15 de junio de 1998, de 19 de febrero 1999, de 5 de mayo de 1999 y de 13 enero 2000).

(1704) Resolución del TACRC número 671/2018, de 12 de julio, con cita de las Resoluciones números 70/2015, 471/2015, y 79/2016.



Debe señalarse, además, que entre el acuerdo de adjudicación y el acto de notificación (1708) existe una plena autonomía (1709). El artículo 40.2 y 3 de la LPACAP trata sobre la eficacia del acto de notificación (1710) 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

(1708) Por todas, las SSTS de 20 de junio de 2007 y de 6 de junio de 2013.

(1709) 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 1988) 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 este, 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...».

(1710) 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 sustancial 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».



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 este 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 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 (1711).

En el artículo 151.2, párrafo quinto, de la LCSP dispone que la notificación se indicará el plazo en que debe procederse a la formalización del contrato conforme al artículo 153.3 de la LCSP.

El artículo 151.3 de la LCSP dispone que la notificación se realizará por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta.

En cuanto a los plazos para efectuar la clasificación de las ofertas o proposiciones, el artículo 158 de la LCSP dispone lo siguiente:

- Cuando se utilice el sistema de coste-eficacia y el único criterio de adjudicación sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de 15 días naturales a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.
- 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 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 PCAPS.

En ambos casos, el artículo 158.3 de la LCSP dispone que dichos plazos se ampliarán en 15 días hábiles más cuando fuera necesario seguir los trámites previstos en el artículo 149 de la LCSP para el caso de ofertas con valores anormalmente bajas.

De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta.

(1711) Resolución del TACRC número 233/2011, de 5 de octubre.

9. FORMALIZACIÓN CONTRACTUAL

A. Introducción

La formalización de los contratos, como ya se ha señalado en la Quinta Parte de esta obra, tiene relación directa con la perfección de los contratos. Sin embargo, en la redacción original de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se siguió el sistema francés que defendía que los contratos quedaban perfeccionados por la concurrencia del consentimiento, en un claro ejemplo del modelo francés que inspira nuestro ordenamiento jurídico. Tuvo que ser la presión ejercida desde el TJUE (1712) la que finalmente forzó el abandono de dicho sistema y motivó la reforma de la citada Ley 30/2007 a través de la Ley 34/2010 (1713), motivada porque 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/CE 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 plazos obligatorios ni para que la entidad adjudicadora notificara la decisión de adjudicación a todos los licitadores ni para fijar un período de espera entre la adjudicación de un contrato y su efectiva celebración, lo cual no permitía la interposición de un recurso eficaz con anterioridad a la existencia del contrato. Ello exigía cambiar el «modelo antiformalista» (consensual, basado en la adjudicación) en el que la forma escrita, aunque obligatoria, carecía de carácter constitutivo, a un «modelo formalista» en el que el contrato se perfeccionaría, en general, con su formalización, con las excepciones ya apuntadas respecto de los contratos menores y de los contratos basados y específicos celebrados como efecto de un acuerdo marco o de un sistema dinámico de adquisición.

De este modo, el artículo 36.1 de la LCSP dispone que los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores 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 la adjudicación, lo harán a través de su formalización.

(1712) STJUE de 3 abril de 2008, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, Asunto C-444/06.

(1713) 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.

B. Improcedencia de aclaración de proposiciones

En la Quinta Parte de esta obra, al tratar de los «Principios de participación de los licitadores», se hizo referencia a la posibilidad de que el órgano de contratación o la mesa pudieran solicitar al licitador la aclaración de determinados extremos que hubieran sido incluidos en su proposición.

Sin embargo, dicho trámite, como ya se ha señalado en esta obra, no tiene cabida cuando se ha dictado ya el correspondiente acuerdo de adjudicación. En este caso, se trata de una solicitud que resulta extemporánea, infringe las normas de procedimiento y los pliegos que rigen la licitación y contraviene las elementales exigencias de seguridad jurídica. Por tanto, un supuesto acuerdo de exclusión, dictado una vez adoptado el acto administrativo de adjudicación, así como el consiguiente acto de anulación de este último, serían nulos de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 47.1.e) de la LPACAP. Por tanto, una vez adjudicado el contrato, para revisar de oficio o dejar sin efecto ese acto, hay que seguir los procedimientos de revisión establecidos en el Título V de dicha Ley. En definitiva, se debe proceder a la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación, con observancia de las garantías procedimentales legalmente establecidas y sujeción al principio según el que la revisión del acto no sea *in peius*, para, con retroacción de las actuaciones, proceder nuevamente a la valoración de los criterios evaluables y clasificar nuevamente a los licitadores por orden de puntuación con el fin de determinar cuál de ellas resultaba la adjudicataria (1714).

C. Contenido

El artículo 153.1 de la LCSP dispone que 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. En los contratos basados en un acuerdo marco o en los contratos específicos dentro de un sistema dinámico de adquisición, no resultará necesaria la formalización del contrato.

(1714) Resolución del TACRC número 316/2022, de 10 de marzo.

El artículo 153.2 de la LCSP dispone que, en el caso de los contratos menores definidos en el artículo 118 de la LCSP, se acreditará su existencia con los documentos a los que se refiere dicho artículo.

A la hora de acometer la formalización del contrato, en algunas ocasiones, el órgano de contratación para por alto algunos extremos que debe observar:

- Por un lado, el artículo 71.3 del RGTRLCAP dispone que el documento de formalización contendrá, con carácter general para todos los contratos, las siguientes menciones(1715):
 - Órgano de contratación y adjudicatario del contrato, con referencia a su competencia y capacidad, respectivamente.
 - Los antecedentes administrativos del contrato relativos a la fecha e importe de la aprobación y del compromiso del gasto y fecha de su fiscalización previa cuando esta sea preceptiva, así como las referencias al acuerdo por el que se autoriza la celebración del contrato, y al acuerdo por el que se adjudica el contrato.
 - Precio cierto que ha de abonar la Administración cuando resulte obligada a ello, con expresión del régimen de pagos previsto(1716).
 - Plazos totales o parciales de ejecución del contrato(1717) y, en su caso, el plazo de garantía.

(1715) 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.

(1716) 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 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.

(1717) 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



- Garantía definitiva y, en su caso, complementaria constituida por el contratista.
 - Cláusulas que sean consecuencia de las variantes válidamente propuestas por el adjudicatario en su oferta y que hayan sido aceptadas por la Administración.
 - En su caso, exclusión de la revisión de precios o fórmula o índice oficial de revisión aplicable.
 - Régimen de penalidades por demora.
 - Conformidad del contratista a los PCAPS y PPTS, de los que se hará constar la oportuna referencia.
 - Expresa sumisión a la LCSP y normativa reglamentaria de desarrollo y al PCAPS.
 - Cualquier otra cláusula que la Administración estime conveniente establecer en cada caso, de conformidad con el PCAPS.
- Por otro lado, el artículo 71.2 del RGTRLCAP dispone 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 (1718) respectivo, salvo cuando se ajuste a un modelo tipo informado favorablemente por aquél, para ser aplicado con carácter general (1719).

por las Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ponía de manifiesto la inconveniencia de fijar dichos plazos con la fórmula genérica siguiente: «El plazo de ejecución de las obras no variará respecto al originariamente previsto en el concurso contado a partir de la formalización del contrato».

(1718) 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 sustituyan por una diligencia en la que se hace constar que los expedientes han sido informados favorablemente.

(1719) 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». Véase, además, 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.

D. Plazos

El artículo 153.3 de la LCSP dispone que, si el contrato es susceptible de REMC, 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 1 mes.

Los servicios dependientes del órgano de contratación requerirán al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a 5 días naturales a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto REMC 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 con este asunto, el citado artículo 153.3 no deja claro la manera de fijar el *dies a quo* para computar los plazos a que se acaba de hacer referencia. Fija el plazo de espera para formalizar en al menos 15 días hábiles que se contarán «desde la remisión» de la notificación del acuerdo de adjudicación, mientras el artículo 50.1.d) de la LCSP dispone que, cuando el REMC se interponga contra el acuerdo de adjudicación, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que «se haya notificado» esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento. Ello hace necesario que deba recordarse lo que dispone el apartado 1 de la mencionada disposición adicional decimoquinta que señala que las notificaciones podrán realizarse mediante dirección electrónica «habilitada» («envío de la notificación»), o mediante comparecencia electrónica («aviso de notificación»). En ambos casos, los plazos se computarán «desde la fecha del envío», 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.

Lo señalado precisa, a juicio de los autores de esta obra, que el mencionado artículo 153.3 de la LCSP sea interpretado en el sentido de que la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran 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 notificación», y, en el supuesto de que se hubiera practicado mediante comparecencia electrónica, a partir de la fecha del envío del «aviso de notificación», siempre que el acuerdo de adjudicación se hubiera publicado el mismo día en el perfil de contratante del órgano de contratación, ya que, en caso contrario, se computaría desde el día de la recepción de la notificación por el interesado.

En el caso de que el contrato no fuese susceptible de REMC, 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 de la LCSP.

En relación con la naturaleza de los mencionados plazos, debe señalarse que no resultará posible que el Poder Adjudicador Administración Pública 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 esta 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, pueda 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 (1720).

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 34.2, 3 y 4 de la LRJSP para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración (1721).

(1720) Informe JCCA número 51/2011, de 1 de marzo de 2012.

(1721) El 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.



El artículo 153.6 de la LCSP dispone que, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 36.1 y 131.3 de la LCSP para los contratos menores, y en el artículo 36.3 para los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, y salvo que la tramitación del expediente de contratación sea por procedimiento de emergencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 120, no podrá procederse a la ejecución del contrato con carácter previo a su formalización.

En dicho sentido, el artículo 37.1 de la LCSP señala que 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.

Además, a tenor de lo previsto en el artículo 36.4 de la LCSP, 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.

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 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 lo establecido en el artículo 71.2.b) de la LCSP. En este sentido, el órgano de contratación deberá analizar y motivar en cada caso la facultad discrecional que se le reconoce en el artículo citado (1722). 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 su cómputo, tal y como ya se ha analizado anteriormente.

E. Publicidad

El artículo 154.1 de la LCSP dispone que la formalización de los contratos deberá publicarse, junto con el correspondiente contrato, en un plazo no superior a 15 días naturales tras el perfeccionamiento del contrato en el perfil de contratante del órgano de contratación. Cuando el contrato sea SARA (1723), el anuncio

(1722) Informe JCCA número 51/2011, de 1 de marzo de 2012.

(1723) Actualmente, hasta el 31 de diciembre de 2023, rigen los umbrales recogidos en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre).

de formalización deberá publicarse, además, en el DOUE. El artículo 154.6 de la LCSP establece que los anuncios contendrán la información recogida en el Anexo III de la LCSP.

El artículo 154.2 de la LCSP establece que, en los contratos celebrados por la Administración General del Estado o por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas, el anuncio de formalización se publicará, además, en el mismo plazo señalado en el párrafo anterior, en el BOE.

El artículo 154.3 de la LCSP dispone que el órgano de contratación, cuando proceda, enviará el anuncio de formalización al DOUE a más tardar 10 días naturales después de la formalización del contrato.

Los anuncios de formalización no se publicarán, en el perfil de contratante del órgano de contratación y en el BOE, antes de su publicación en el DOUE, en el caso en que deban ser publicados en dicho Diario Oficial, debiendo indicar la fecha de aquel envío, de la que los servicios dependientes del órgano de contratación dejarán prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio. No obstante, podrán publicarse en el perfil de contratante del órgano de contratación y en el BOE 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.

El artículo 154.4 de la LCSP dispone que la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco o de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, ya perfeccionados por la adjudicación en virtud de lo establecido en el artículo 36.3 de la LCSP, se publicará trimestralmente por el órgano de contratación dentro de los 30 días naturales siguientes al fin de cada trimestre, en la forma prevista en el citado artículo 154.1, 2 y 3 de la LCSP.

El artículo 154.5 de la LCSP dispone que 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 (1724), serán objeto de publicación, al menos trimestral, a tenor de lo previsto en el artículo 63.4 de la LCSP. La información que deberá incluirse en la mencionada publicación 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.

La publicación de la contratación menor, como ya se ha señalado en esta Parte de la obra, no debe cumplimentarse solo formalmente sino que, por deman-

(1724) A juicio de los autores de esta obra, se considera un sistema análogo al sistema de anticipo de caja fija el establecido en la Orden de 23 de septiembre de 1999, por la que se desarrolla el Real Decreto 2723/1998, de 18 de diciembre, por el que se regula la autonomía en la gestión económica de los centros docentes públicos no universitarios.

darlo más normas (1725) que la LCSP, debe realizarse en un formato abierto y reutilizable que permita un acceso más adecuado a la información sobre los contratos menores (1726).

El artículo 154.7 de la LCSP dispone que podrán no publicarse determinados datos relativos a la celebración del contrato cuando se considere, justificándose debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información 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, o cuando se trate de contratos declarados secretos o

(1725) La publicidad del contrato menor se efectuará, al menos trimestralmente, a través del perfil de contratante, a tenor de los artículos 118.6 y 154.5 de la LCSP. La LCSP en su artículo 1, que recoge una idea que resulta asimismo patente en el artículo 18 y en los artículos 48 y siguientes, así como en el Considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE, considera que la publicidad y la transparencia de los procedimientos contractuales son principios a los que necesariamente debe ajustarse la contratación pública. Como ya se ha señalado en esta obra, esta regla tiene su origen y fundamento en la LTAIP que dispone en su artículo 5 que, como regla general, los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación deberán publicar, de forma periódica y actualizada, la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública. Además de ello, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, establece en su artículo 4.5 la obligación de las Administraciones y organismos del Sector Público de crear sistemas de gestión documental que permitan a los ciudadanos la adecuada recuperación de la información.

(1726) Recomendación de 21 de octubre de 2019 de la JCCPE a los órganos de contratación en relación con la forma de publicación de los contratos menores, apunta que podrían adoptarse alguna de las siguientes medidas:

1. Introducir los datos en un sistema que tenga una arquitectura que permita estructurar y agregar los datos de manera que se pueda tener un acceso suficiente conforme a los preceptos legales. Aunque pudieran existir otros sistemas, lo cierto es que la PCSP ofrece una funcionalidad específica, un servicio concreto de publicación de los contratos menores, que va más allá del simple perfil de cada órgano de contratación.

2. Realizar una publicación en el perfil del contratante que ofrezca una información suficiente a los ciudadanos y cumpla todos los requisitos legales:

- Que dé acceso público a los datos legalmente exigidos en su integridad y de modo que quepa ordenarlos por adjudicatario.
- Que use formatos abiertos y reutilizables.
- Que la información, al estar estructurada, no debería limitarse a ofrecer datos trimestrales, aunque temporalmente este sea el plazo máximo en el que se deben publicar los datos, sino que debería garantizar que se ofrece una información entendible, estructurada y clara sobre cualquier periodo de tiempo, sea este mayor o menor que el trimestre, que permitiese acceder a los datos de forma agregada y realizar una consulta pública coherente y suficiente.
- Que cumpla el resto de las obligaciones legales que impone la Ley de Transparencia.



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 el artículo 19.2.c) de la LCSP.

En todo caso, previa la decisión de no publicar unos determinados datos relativos a la celebración del contrato, los órganos de contratación deberán solicitar la emisión de informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno a que se refiere la LTAIP, 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 publicación, que será evacuado en un plazo máximo de 10 días naturales.

No obstante, no se requerirá dicho informe por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 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 en los términos establecidos en el artículo 154.7 de la LCSP (1727).

10. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A. Premisas

Cuando se aborda la ejecución de los contratos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública a los efectos de la LCSP, se está haciendo referencia a los efectos, cumplimiento y extinción de los mismos.

En relación con tal asunto, 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 partes desarrollen adecuadamente las obligaciones que recíprocamente hayan asumido en los pliegos y en el contrato, es decir, que la ejecución sea acorde con lo que constituye la «auténtica Ley del contrato» (1728), en los términos

(1727) STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE número 97, de 23 de abril de 2021), que declara que los párrafos segundo y tercero del artículo 154.7 LCSP deben declararse contrarios al orden constitucional de competencias. Esta declaración no conlleva su nulidad, habida cuenta que se aplican en el ámbito estatal sin que esto haya sido objeto de controversia en el presente proceso [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)].

(1728) SSTs de 21 de diciembre de 1988, de 25 de julio de 1989, de 26 de septiembre de 1989, de 20 de diciembre de 1995, de 9 de marzo de 1999, y de 20 de abril de 1999.

ya a analizados en la presente obra que recuerda que su poder conformador de la relación contractual debe ser en todo caso acorde con las normas legales o reglamentarias que disciplinan la Contratación Pública, de modo que no deberán establecerse limitaciones ni ampliaciones (1729) en materia de contratación que no tengan suficiente base normativa (1730). En este último sentido, 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 (1731).

B. Principio de riesgo y ventura

a) Doctrina general

El artículo 197 de la LCSP dispone que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239 de la LCSP.

El «principio de riesgo y ventura del contratista» 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 «contingencia de que suceda un mal o un bien». Ello supone que el contratista asuma, por un lado, el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la LCSP y que, por otro, dicha responsabilidad sea consecuencia de que la obligación del contratista sea una «obligación de resultado», contrapuesta a la configuración de la «obligación de actividad o medial» (1732).

El artículo 239 de la LCSP dispone que, en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato (1733). Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

(1729) Resolución del TACRC número 4/2011, de 19 de enero.

(1730) STS de 25 de noviembre de 2003.

(1731) Resolución del TACRC número 4/2011, de 19 de enero, y «Guía sobre Contratación Pública y Competencia» <http://contratodeobras.com/images/Guia-sobre-contratacion-publica-y-competencia.pdf>

(1732) STS de 9 de marzo de 2005, reproduciendo sus Sentencias de 14 de mayo y de 22 de noviembre de 2001.

(1733) Informes JCCA números 56/2008, de 31 de marzo de 2009, y 60/2008, de 31 de marzo de 2009 (no aplicable al caso de huelga).

- Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Por lo que se refiere al contrato de concesión de obras, el artículo 254 de la LCSP dispone que las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, quien, además, asumirá el riesgo operacional de la concesión, de acuerdo con lo dispuesto en los citados 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 la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor 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.

En relación con 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 15.2 de la LCSP, en línea con lo establecido en la Directiva 2014/23/UE, que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional 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 [artículo 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 [artículo 247.2 j) de la LCSP].

- En los PCAPS deberá reflejarse la distribución de los riesgos relevantes en función de las características del contrato entre la Administración y el concesionario [artículo 250.1 m) de la LCSP].

En el mismo sentido, referido al contrato de concesión de servicios, el artículo 285.1.c) de la LCSP dispone que los PCAPS 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 (artículo 252.3 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 PCAPS mecanismos para medir la calidad del servicio, otorgando ventajas o imponiendo penalizaciones económicas. En todo caso esta opción no podrá ser utilizada para limitar el riesgo operacional de la concesión (artículo 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 PCAPS, con respeto en todo caso del principio de asunción del riesgo operacional por parte del concesionario (artículo 265.1 y 2 de la LCSP).

En el caso de las concesiones de obras y de servicios, en los artículos 270.4 y 290.6 de la LCSP se prevé, respectivamente, que el concesionario tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él (1734).

(1734) 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 este atiende hechos, dimanantes del Poder Adjudicador Administración Pública, 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 estudió 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. En relación con este asunto, téngase en cuenta que, desde el 2 de marzo de 2022, ha entrado en vigor el



b) *Teoría del riesgo razonablemente imprevisible*

En relación con el mencionado «principio de riesgo y ventura del contratista», conviene hacer un breve comentario respecto a la «Teoría del riesgo razonablemente imprevisible» o *factum principis*, de origen jurisprudencial, que, basada en el principio del «valor superior de la justicia», proclamado en el párrafo primero del artículo 1 de la Constitución Española de 1978, busca remediar la excesiva y por tanto antijurídica onerosidad que para el contratista suponen hechos o eventos transcendentales o inéditos que concurren durante la ejecución del contrato por hechos que no pudieron preverse en el momento de su celebración, ni con el empleo de una diligencia superior a la normal en este tipo de contrataciones (1735).

Para ello, se propicia el restablecimiento del adecuado equilibrio conmutativo de las respectivas contraprestaciones, tomando como base el «principio de buena fe en la ejecución de los contratos» reconocido en el artículo 1258 del Código Civil (1736), y la «doctrina del enriquecimiento injusto» (1737).

Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras. Así mismo, Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, de la Comunidad de Galicia (disposición adicional única bis, sobre medidas aplicables a los casos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos de obra pública), y la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2022, (disposición adicional decimoquinta, sobre medidas aplicables a los casos de alteración extraordinaria e imprevisible de los precios de los materiales en los contratos de obra pública).

(1735) SSTS de 18 y 25 de abril y de 3 de mayo de 2008, y de 27 de octubre del 2009, por las que se han desestimado diversas reclamaciones, y, en sentido contrario, 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 sobre el precio de adjudicación.

(1736) STS de 30 abril 2001.

(1737) Así, se ha admitido la doctrina del enriquecimiento injusto en el ámbito de los contratos de obras en los siguientes casos:

- 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).
- 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).



En este contexto, debe producirse una ruptura del equilibrio económico financiero del contrato, de tal naturaleza que resulten insuficientes para su reparación tanto la revisión de precios (1738) como la modificación contractual establecida en los PCAPS. Para que deba producirse el restablecimiento del equilibrio económico-financiero es preciso la existencia de una alteración de la base del negocio, tanto subjetiva, consistente en una alteración profunda de la expectativa común que poseían ambos contratantes en atención a una concreta situación definida por unas circunstancias cuya aparición o persistencia era esperada, como objetiva, que se fundamenta en la subsistencia de dichas circunstancias que resulta imprescindible para que el contrato continúe siendo una reglamentación común de intereses orientada hacia la consecución de un fin. Dicho de otro modo, ha de producirse una alteración en la base del negocio que se da, primordialmente, cuando la equivalencia entre la prestación y la contraprestación pactada varía sustancialmente.

Normalmente, su aplicación no reviste mayor problema cuando tiende a remediar situaciones en las que se ha aprobado una medida administrativa, absolutamente ajena al ámbito de la relación contractual y de carácter obligatorio y general, de la que se deriva una ruptura para el equilibrio económico financiero del contrato (1739). Sin embargo, cuando no se dan estas circunstancias, no puede prosperar la aplicación de esta teoría pues lo que no cabe es que el contratista pretenda trasladar a la Administración los riesgos de su actividad como, por ejemplo, cuando en el caso de una concesión de obras el contratista dimensionó incorrectamente la demanda de los usuarios al formular su proposición (1740).

-
- 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).
 - 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).
 - En el caso de 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). (1738) STS de 27 de octubre de 2009.
 - (1739) STS de 10 de noviembre de 2009 e Informe JCCA número 60/2008, de 31 de marzo de 2009. 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 vio afectado por una reforma normativa en materia de medio ambiente que ocasionaba 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 se encontraba próximo a su finalización, no era factible la amortización de las obras a ejecutar.
 - (1740) Dictámenes del Consejo de Estado números 619/2014, de 3 de julio, 637/2019, de 3 de octubre, y 596/2020, de 10 de diciembre.



De cualquier modo, es conveniente señalar que la cuestión no es tan clara como cabría deducir de lo anteriormente señalado. Así, cuando parecía que era bastante claro que cuando se aprobó una subida del salario mínimo interprofesional del 22,3 por ciento respecto del vigente en 2018, mediante Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019, que se reunían las condiciones de ser una medida administrativa, absolutamente ajena al ámbito de la relación contractual y de carácter obligatorio y general, sorprendentemente a juicio de los autores de esta obra, la Abogacía General del Estado (1741) eludió entrar en la cuestión de fondo, consistente en dilucidar si se había producido una ruptura para el equilibrio económico financiero de los contratos públicos, indicando, sin embargo que «el incremento del salario mínimo interprofesional dispuesto por el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, es una medida de carácter general, puesto que afecta a todos los operadores o agentes económicos que tengan personal a su servicio sin excepción alguna, por lo que, de admitirse la compensación o indemnización, esta habría de reconocerse no solo a los adjudicatarios de contratos concertados con todas las Administraciones Públicas (Administración del Estado, Administraciones de las respectivas Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y entidades vinculadas o dependientes de cada una de esas Administraciones territoriales), sino también a los demás operadores o agentes económicos por razón de contratos concertados por ellos entre sí o con sus clientes (pues no cabe duda de que también a estos agentes económicos se les ha incrementado el coste de sus contratos), ya que en otro caso se privilegiaría a unos empresarios respecto de otros, rompiendo así la igualdad ante las cargas públicas».

En base a este criterio, los órganos de contratación tuvieron que poner en marcha diferentes «remedios paliativos», generalmente forzando la figura de la modificación contractual, para atender a la normal ejecución de los contratos celebrados bajo el principio de riesgo y ventura del contratista.

Como comentario final, el asunto es más grave cuando el artículo 103, 2, párrafo segundo, inciso final, restringe la revisión de precios, en el caso de la mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, a que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a 5 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.

(1741) Informe Ref.: A. G. Economía, Industria y Competitividad 1/2019 (R-33/19) de 1 de febrero, seguido en el Informe de la JCCPE número 18/2019.

c) *Convenio colectivo aplicable*

En relación con el principio de «riesgo y ventura del contratista», se plantea su aplicación al supuesto en el cual se haya producido una alteración sobrevenida de las condiciones salariales de los trabajadores de una empresa contratista a consecuencia de la negociación de un nuevo convenio colectivo aplicable durante la ejecución del contrato público.

En estos casos, es conocido que el contrato, en general, se rige bajo el principio *pacta sunt servanda* conforme al cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (artículos 1091 y 1258 del Código Civil) (1742). Este principio tiene su reflejo en el artículo 189 de la LCSP que dispone que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.

Bajo estas condiciones se predica del contrato la inmutabilidad de las condiciones bajo las cuales se ha prestado el consentimiento mutuo de las partes (1743), y, de acuerdo con lo ya señalado anteriormente, la atribución al contratista del principio de riesgo y ventura en la ejecución del contrato (artículo 197 de la LCSP). La concreción de este principio supone que el contratista asume los riesgos normales que son inherentes a la ejecución del contrato, de modo que la mera variación de las circunstancias bajo las que se firmó el mismo no permitiría que el contratista pidiera unilateralmente la modificación del contrato (1744), ni le liberara de cumplir lo estrictamente pactado.

Como ya se ha visto, en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a la presencia de casos de aleatoriedad en los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración o cuando aparecen hechos que exceden del normal *alea* del contrato, por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Ahora bien, la aplicación de estas excepciones al supuesto de incrementos salariales, producidos como consecuencia de la aprobación de nuevos convenios colectivos durante la vigencia del contrato, no justifica la modificación del contrato por los siguientes motivos (1745):

(1742) SSTs de 10 de diciembre de 1990, de 6 de noviembre de 1992, y de 15 de noviembre de 2000.

(1743) STS de 28 de octubre de 2015.

(1744) STS de 20 de julio de 2016.

(1745) Recomendación JCCPE, de 10 de diciembre de 2018.



sentido, los actos 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 esta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver.

Por último, señalar que las mencionadas prerrogativas se recogen en el artículo 190 de la LCSP, y que el artículo 332.6.c) de la LCSP confía a la OIRESCON 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.

b) Régimen jurídico

1. General

El citado artículo 190 de la LCSP dispone que, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la LCSP, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (1748), modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del contrato, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.

(1748) 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. 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 facultativo 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. 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 este ha podido sufrir alguna modificación, más o menos relevante, durante su ejecución.

En relación con la prerrogativa de interpretación del contrato, ha surgido la duda sobre si un Poder Adjudicador Administración Pública puede corregir una previa interpretación contractual, sin necesidad de seguir necesariamente el cauce del procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos, siendo suficiente para ello con un nuevo ejercicio de la potestad de interpretación del contrato a través del procedimiento específicamente establecido en la LCSP, resultando dicho ejercicio conforme con los principios de buena fe y confianza legítima. Sobre este particular, es preciso puntualizar que, para que proceda la puesta en funcionamiento del procedimiento de revisión de oficio de actos nulos y anulables, es necesario que el órgano de contratación hubiese ejercido dicha prerrogativa de interpretación de los contratos a través de la emisión de un acto administrativo. En consecuencia, si no ha llegado a dictar un acto administrativo como, por ejemplo, cuando se emite un escrito general informativo, no debe aplicarse el procedimiento de revisión de oficio recogido en la LPACAP (1749).

Igualmente, el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la LCSP para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán 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.

Respecto de esta prerrogativa de dirección, inspección y control de la ejecución del contrato, se ha planteado si es necesario que el órgano de contratación establezca en los pliegos el detalle sobre el modo en que va a ejercer esta potestad administrativa. En relación con el citado asunto, cabe señalar que, en términos generales, el PCAPS debe recoger las referencias que el órgano de contratación entienda que son las adecuadas para que la dirección, inspección y control puedan desarrollarse de modo que las obligaciones que prevé el contrato sean cumplidas en los términos fijados, finalidad esta que es la que claramente persigue tanto el artículo 190, párrafo segundo, de la LCSP como el artículo 94 del RGTRLCAP.

El artículo 94 del RGTRLCAP señala que la ejecución de los contratos se desarrollará bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido. Continúa señalando el meritado precepto que «Los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas

(1749) STS de 15 de febrero de 2021.



sobre el modo de ejercer esta potestad administrativa». Puede concluirse que será necesario hacer referencia en los pliegos al modo de ejercicio de esta prerrogativa, aunque, a la vista del artículo 190 de la LCSP, no es necesario que quepa exigir la definición previa en los pliegos de un detalle exhaustivo de los términos en los que podrá ejercerse la misma (1750).

2. Contrato de concesión de obras

El artículo 261.1 de la LCSP dispone que, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en la LCSP, el órgano de contratación o, en su caso, el órgano que se determine en la legislación específica ostentará las siguientes prerrogativas y derechos:

- Interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.
- Modificar «unilateralmente» (1751) los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en la LCSP.

En relación con esta prerrogativa, el artículo 262.1 de la LCSP dispone 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 (1752). A la vista de dicho precepto, es evidente, a juicio de los autores de esta obra, que ya no es posible, como admitía el artículo 250 en relación con el 171.1 b) del TRLCSP, efectuar una modificación como consecuencia de la celebración de un contrato por procedimiento negociado cuando se trate de obras complementarias (1753). Por ello, la LCSP, por un lado, ya no recoge

(1750) Informe JCCPE número 126/2018.

(1751) La LCSP introduce en este artículo 261.1.b) respecto de lo que se establecía en el TRLCSP el adverbio «unilateralmente» que, a juicio de los autores de esta obra, 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 «unilateralmente», «obligatoria» 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. Cuando no sea obligatoria, el artículo 206.2 dispone que la modificación «... solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211».

(1752) Por su parte, el artículo 262.2 de la LCSP añade 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 presente Ley.

(1753) Se consideraba que eran obras complementarias cuando reunían los siguientes requisitos:

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) y 1.b) de la LCSP para las modificaciones no previstas en el PCAPS 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.
- 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.
 - Acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones que se establecen en los artículos 279 y 280 de la LCSP.
 - Establecer, en su caso, las tarifas máximas por la utilización de las obras.
-
- directamente relacionadas con el objeto durante la vigencia de la concesión,
 - 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.



- 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.
- Asumir la explotación de las obras en los siguientes supuestos en los que se produzca el secuestro o intervención de la concesión:
 - Cuando, conforme a lo previsto en el artículo 263.1 de la LCSP y previa audiencia del concesionario, este 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.
 - Cuando, conforme a lo previsto en el artículo 293.1 en relación con el artículo 263 de la LCSP, el contrato recaiga sobre un servicio público si, por causas ajenas al concesionario o bien del incumplimiento por parte de este, se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio. En todo caso, el concesionario deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.
 - Cuando, conforme a lo previsto en el 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 satisfacer 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, conforme a lo previsto en el artículo 275 de la LCSP, 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 de la LCSP dispone que el órgano de contratación, previa audiencia del concesionario, podrá acordar el



plazos para la ejecución de las obras, la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la «obra pública» (1755), 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 PCAPS 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 ciento del presupuesto total de la obra durante su fase de construcción. Sobre este límite, resulta preciso señalar que es curioso que lo referencie respecto del «presupuesto total de la obra», que ha de entenderse realizado al presupuesto base de licitación (artículo 100 de la LCSP), cuando, como ya se ha analizado en esta obra, el artículo 192.1 de la LCSP establece que los PCAPS 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 (1756), 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 presupuesto del contrato. Además, desde este punto de vista, tampoco se comprende que el artículo 264.5 de la LCSP disponga que, aunque lo refiera a la fase de ejecución de la obra, el régimen de penalidades a imponer al concesionario será, exclusivamente, el establecido en el artículo 192 de la LCSP.

Si la concesión estuviera en fase de explotación, el límite máximo de las penalidades anuales no podrá exceder del 20 por ciento de los ingresos obtenidos por la explotación de la obra pública durante el año anterior. Para esta fase, como ya se acaba de señalar, el artículo 264.5 de la LCSP dispone que el régimen de penalidades a imponer al concesionario será, exclusivamente, el establecido en el artículo 192 de la LCSP.

Los límites indicados se aplicarán siempre y cuando el daño causado no supere la cuantía máxima fijada en los PCAPS ya que, si fuera así, se ampliará el límite hasta el valor del daño causado.

Los incumplimientos graves darán lugar, además, a la resolución de la concesión en los casos previstos en el correspondiente PCAPS.

Además de los supuestos previstos en la LCSP, en los PCAPS se establecerán los incumplimientos graves que pueden dar lugar al secuestro temporal de la

(1755) 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.

(1756) Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.



concesión, con independencia de las penalidades que en cada caso procedan por razón del incumplimiento.

Con independencia del régimen de penalidades previsto en el PCAPS, 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.

- Ejercer las funciones de policía en el uso y explotación de las obras en los términos que se establezcan en la legislación sectorial específica.
- 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.
- Cualesquiera otros derechos reconocidos en la LCSP o en otras leyes.

El artículo 261.2 de la LCSP dispone que el ejercicio de las prerrogativas citadas se ajustará a lo dispuesto en la LCSP y en la legislación específica que resulte de aplicación.

3. Contrato de concesión de servicios

El artículo 293 de la LCSP dispone que cuando el contrato recaiga sobre un servicio público, si por causas ajenas al concesionario o bien del incumplimiento por parte de este se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio, la Administración podrá acordar el secuestro o intervención 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, en los supuestos de incumplimiento por parte del concesionario 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.

El artículo 294.f) de la LCSP dispone son causas de resolución del contrato de concesión de servicios, además de las señaladas en el artículo 211, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), el secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior a 3 años del artículo 263.3 de la LCSP, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

El artículo 312.d) de la LCSP dispone que, en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, 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 contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

c) Procedimiento

El artículo 191.1 de la LCSP dispone que, en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo 190, deberá darse audiencia al contratista.

El artículo 191.2 de la LCSP dispone 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, los acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo 190 deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos de constitución, reposición y reajuste de garantías (artículo 109 de la LCSP) y resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos (artículo 195 de la LCSP).

El artículo 191.3 de la LCSP dispone que, además, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación:

- La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista. En relación con dicha oposición, a juicio de los autores de esta obra, cabe la aplicación supletoria, a tenor de la disposición final cuarta de la LCSP, de la LPACAP (1757) motivo por el cual, al amparo del artículo 73.3 que dispone que la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo, hay que concluir que cabe entender producida dicha oposición, aunque se haya hecho una vez transcurrido el plazo otorgado por la Administración, pero antes de la notificación del acuerdo correspondiente (1758).

Resulta curioso que se incluya entre las prerrogativas administrativas una que no aparece citada en el artículo 190 de la LCSP. 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 con la institución de la

(1757) STS de 14 de marzo de 2022 que cita la STS de 13 de marzo de 2008.

(1758) STS de 4 de abril de 2022.



revisión de oficio. En este sentido, el artículo 106.1 y 2 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 artículo 106.1 y 2 de la LPACAP.

- Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el PCAPS 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.
- Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Con esta redacción, el artículo 191.3.c) de la LCSP 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 esta 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.

El artículo 191.4 de la LCSP dispone que los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.



D. Ejecución parcial o defectuosa

a) *Introducción*

Bajo este epígrafe de «Ejecución parcial o defectuosa» de los contratos, se van a analizar estos aspectos:

- El cumplimiento defectuoso de la prestación objeto 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 (artículo 192.1 de la LCSP).
- El incumplimiento parcial de la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato (artículo 192.2 de la LCSP).
- La demora en la ejecución del contrato (artículo 193 de la LCSP).

En los tres casos, emergen la figura del responsable del contrato y la solución que articula el Legislador fundamentada en la imposición de penalidades y, en determinados supuestos que hacen inviable la ejecución del contrato, en la adopción de acuerdos de resolución contractual.

Respecto de la figura del responsable del contrato, el artículo 62.1 de la LCSP dispone que, con independencia de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los PCAPS, los órganos de contratación deberán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan, salvo que se trate de un contrato de obras en cuyo caso, a tenor del artículo 62.2 de la LCSP, las facultades del responsable del contrato serán ejercidas por el Director Facultativo conforme con lo dispuesto en los artículos 237 a 246. Por tanto, en general, en los PCAPS se deberá incluir la designación de la persona o unidad responsable del contrato (1759).

En relación con el sistema de imposición de penalidades, que se hubieran recogido en el PCAPS o en el documento descriptivo a tenor de los artículos 192 y 193 de la LCSP, no supone un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino que supone una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución sin que resulte de aplicación la LPACAP (1760).

(1759) Informes JCCPE números 28/2018 y 126/2018.

(1760) STS de 21 de mayo de 2019 y SAN de 7 de abril de 2021.

Además, respecto de los aspectos que se engloban dentro de la expresión de «Ejecución parcial o defectuosa», es preciso tener en cuenta estas cuestiones:

- Por un lado, 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 (1761) 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 el PCAPS, en el documento descriptivo o en el documento contractual (1762).

- Por otro, que la naturaleza jurídica de las penalidades a las que se refieren los supuestos de «Ejecución parcial o defectuosa», a los que a continuación se va a hacer referencia, no es la propia de una sanción 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 (1763). Por lo tanto, se trata de una concepción civil, en la que se predica el «principio de la presunción de culpa en el contratista» que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto en su cumplimiento (1764). En relación con 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,

(1761) STJ de Castilla y León, de 17 de febrero de 2012.

(1762) SSTSJ de Castilla y León de 17 de diciembre de 2010 y de 6 de junio de 2013.

(1763) SSTS de 6 de marzo de 1997 y de 18 de mayo de 2005, e Informe JCCPE número 61/2019.

(1764) STS de 21 de noviembre de 1988.

de modo que la aplicación de la cláusula penal prevista en los PCAPS, en el documento descriptivo 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 (1765).

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 del contrato, pues, en caso contrario, deberá satisfacerse la pena pactada. Son, por tanto, «estipulaciones de carácter accesorio», debidamente plasmadas en los PCAPS, en el documento descriptivo 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 resolución del contrato si la modalidad de incumplimiento alcanza mayor intensidad (1766).

b) Cumplimiento defectuoso

Como ya se ha señalado, el artículo 192.1 de la LCSP dispone que los PCAPS o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto 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.

El artículo 194.2 de la LCSP dispone que dichas penalidades 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 ser abonadas 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 en las certificaciones de obras o en los documentos de pago al contratista, sin que la aplicación y el pago de estas penali-

(1765) SAN de 24 de abril de 2013.

(1766) STS de 18 de mayo de 2005.

dades excluya la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios ocasionados con motivo del retraso imputable al contratista.

Para el supuesto de que en los PCAPS o en el documento descriptivo no se hubiese incluido la imposición de penalidades o que, aun estando previstas, no cubrieran los daños causados a la Administración, el artículo 194.1 de la LCSP dispone que se exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios.

c) Incumplimiento parcial

El artículo 192.2 de la LCSP dispone que 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 PCAPS o en el documento descriptivo.

El artículo 194.2 de la LCSP dispone que dichas penalidades 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 ser abonadas 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 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.

Para el supuesto de que en los PCAPS o en el documento descriptivo no se hubiese incluido la imposición de penalidades o que, aun estando previstas, no cubrieran los daños causados a la Administración, el artículo 194.1 de la LCSP dispone que se exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios.

d) Demora en la ejecución

1. Premisa: Vigencia del contrato

En esta obra ya se ha analizado la diferencia conceptual, que se introduce en el artículo 29 de la LCSP, al distinguir entre la prórroga del contrato y la ampliación del plazo de ejecución del mismo. Allí, ya hemos señalado que, con independencia de las diferencias que existen entre ambas figuras, será requisito imprescindible

dible para que puedan plantearse dichas incidencias, que el contrato se mantenga vigente ya que, de lo contrario, este se encontrará extinto *ipso iure*.

Relacionado con dicha cuestión, surge el tema de la demora en la ejecución del contrato, por causa no imputable al contratista, y su posible incidencia en la desnaturalización del citado principio, en virtud del cual, para la concesión de una prórroga o de la ampliación del plazo de ejecución del contrato, es requisito esencial que no haya finalizado el plazo de duración del contrato (1767), por la sencilla razón de que no puede prorrogarse o ampliarse el plazo de ejecución de algo que ya se ha extinguido (1768).

La contestación a dicha cuestión, a juicio de los autores de esta obra, ha de ser favorable al mantenimiento de la formulación del citado principio por las siguientes razones.

- Porque, como ya se ha señalado, al vencimiento del plazo de ejecución, se produce la extinción del contrato *ipso iure*, de modo que, posteriormente no se puede acordar ninguna incidencia relativa a la ejecución contractual, tales como la modificación, la resolución (1769), la prórroga, o la ampliación del plazo de ejecución del contrato, porque, obvio es decirlo, no cabe aplicar ninguna incidencia en un contrato que ha quedado extinguido.
- Porque ni lo previsto en el artículo 193.3 de la LCSP, que señala que 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 penalidades diarias, ni lo dispuesto en el artículo 98 del RGTRLCAP, que dispone que, cuando el órgano de contratación opte por imponer penalidades, concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato, permite que se pueda aplicar una vez vencido el contrato.
- Porque la misma suerte ha de seguir lo previsto en el artículo 195.2 de la LCSP cuando señala que, si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, 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.

(1767) Informe de la Abogacía General del Estado de 29 de enero de 2020.

(1768) Informe de la Abogacía General del Estado de 22 de septiembre de 1997.

(1769) Dictámenes del Consejo de Estado números 614/94, de 3 de junio, 3670/99, de 27 de enero de 2000, 596/2011, de 18 de mayo, 1887/2011, de 9 de febrero, y 1118/2015, de 26 de noviembre.

En consecuencia, a juicio de los autores de esta obra, no puede hablarse de argumentos que contradigan el principio general indicado consistente en que, producido el vencimiento del contrato, este quedará extinguido *ipso iure*, porque la facultad de opción que se concede a la Administración, al amparo del artículo 193.3 y 195.2 de la LCSP, solo debe ejercitarse, en todo caso, antes de que expire la vigencia del contrato.

2. Contenido

El artículo 193.1 de la LCSP dispone que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

El artículo 193.2 de la LCSP dispone que la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

El artículo 193.3 de la LCSP dispone que 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.

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el PCAPS o en el documento descriptivo de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

Para el supuesto de que en los PCAPS o en el documento descriptivo no se hubiese incluido la imposición de penalidades o que, aun estando previstas, no cubrieran los daños causados a la Administración, el artículo 194.1 de la LCSP dispone que se exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios.

El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista. Cuando en dicho informe quedase claro que no fue así, el artículo 195.2 de la LCSP dispone que, si ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, 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.

El artículo 194.2 de la LCSP dispone que dichas penalidades 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 ser abonadas 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 penali-

dades por demora se harán efectivos mediante deducción 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.

El artículo 193.4 de la LCSP dispone que cada vez que 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 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 del precio del contrato, IVA excluido, resulta muy conveniente, a juicio de los autores de esta obra, que el órgano de contratación se plantee, en los PCAPS o en el documento descriptivo, 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 (1770).

El artículo 195.1 de la LCSP dispone que, en el supuesto a que se refiere el artículo 193.4, si la Administración optase por la resolución esta 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 y, cuando se formule oposición por parte de este, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. Si el acuerdo de resolución contractual se hubiera adoptado sin contar con el preceptivo informe del órgano consultivo correspondiente, sería nulo de pleno derecho, no por el carácter vinculante del dictamen, sino por la obligatoriedad jurídica de ser recabado y de la relevante posición de este órgano en el seno del procedimiento administrativo (1771).

(1770) Imagínese un contrato de limpieza en un hospital adjudicado por 100.000 euros más IVA. Si no se prevé nada en los PCAPS 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 contratista durante 84 días. No parece lógico arbitrar una solución así. Por ello, si se entiende que la demora razonable motivándolo en el expediente sería de 4 días, la penalidad diaria debería de establecerse en los PCAPS 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.

(1771) Dictamen del Consejo de Estado número 336/2020, de 17 de septiembre, en base a los siguientes Dictámenes:

- Números 912/1997, de 27 de febrero, y 73/2003, de 27 de marzo: Se trata de un trámite esencial, imprescindible e insubsanable.

El artículo 193.5 de la LCSP dispone que la Administración tendrá las mismas facultades a que se refieren los apartados anteriores respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el PCAPS o en el documento descriptivo o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

E. Daños a terceros

El artículo 196.1 de la LCSP dispone que será obligación del contratista indemnizar los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

El artículo 196.2 de la LCSP dispone que cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. En relación con el contrato de obras, el artículo 238.1 y 2 de la LCSP dispone que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el PCAPS 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. Por su parte, 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 facultativo 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 (1772).

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, sin

-
- Números 3895/1996, de 6 de febrero de 1997, que señala que en caso de oposición del contratista el dictamen es preceptivo.
 - Números 279/1997, de 5 de junio, que exponía que omitir en el procedimiento el dictamen preceptivo no es un vicio subsanable (entre muchos otros, en los Dictámenes números 43260/1981, de 27 de mayo, 479/1996, de 4 de julio, y 1699/1996, de 7 de noviembre).

Por dicha nulidad, procede que el órgano de contratación proceda a instar la revisión de oficio del acuerdo de resolución contractual, al amparo de la citada LPACAP (Dictámenes números 279/1997, de 5 de junio, y 2.813/2004, de 17 de febrero de 2005) y, posteriormente, proceder a incoar un nuevo procedimiento para la resolución del contrato.

(1772) SSTS de 9 de mayo de 1995, 11 de julio de 1995, y 8 de julio de 2000.



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. En relación con la posible responsabilidad del redactor del proyecto, 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 la LCSP, 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 al proyecto de obras no solo en el momento previo a la aprobación del expediente de contratación (artículo 231.1 de la LCSP, supervisión, aprobación, y replanteo), 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 (artículo 237 de la LCSP), 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 (artículo 139.2.^a del RGTRLCAP).

El artículo 196.3 de la LCSP dispone que los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, 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.

El artículo 196.4 de la LCSP dispone que la reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

Respecto al planteamiento de dicha reclamación, los autores de esta obra se decantan por la postura que mantiene el Consejo de Estado (1773) en virtud de la cual no distingue en función de la causa del daño producido al tercero, lo que comportaría la vinculación de la responsabilidad de los contratistas y concesionarios a la sujeción al régimen general de culpa, sino que defiende que la responsabilidad de estos no puede ser distinta de la consagrada con carácter general en la 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 casos de

(1773) 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.

fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Por tanto, no entiende que el tercero perjudicado tenga que dirigir su acción de responsabilidad extracontractual bien contra el contratista, cuando el daño o lesión es consecuencia de las operaciones propias de la ejecución del contrato, bien contra la Administración, cuando el daño se produce como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de vicios del proyecto (1774).

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, resultaría aplicable, salvo que existiera legislación específica aplicable, lo previsto en la LRJSP para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración (1775).

F. Modificación contractual

a) Introducción

La regulación de las modificaciones contractuales siempre ha venido rodeada de polémica, pues con cierta frecuencia fueron utilizadas como un medio para burlar la aplicación de los principios rectores de la Contratación Pública (1776), actualmente recogidos en el artículo 1.1 de la LCSP.

(1774) STS de 24 de mayo de 2007.

(1775) El 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.

(1776) 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 esta pudiera ser empleada para encubrir «prácticas viciosas» susceptibles de «frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación» de contratos públicos.

Hasta tal punto estaba implementada esta postura que resulta curioso que el artículo 76 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ignoraba que dentro del valor estimado de los contratos tuviesen que incluirse las modificaciones contractuales. Dicha situación subsistió hasta que la disposición final decimosexta. 5 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, como efecto de la doctrina del TJUE(1777) y de la presión ejercida por la Comisión Europea, adicionó un apartado tercero al citado artículo 76.1 en el que se disponía que «En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 ter, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas».

La Comisión Nacional de la Competencia en su Guía sobre «Contratación Pública y Competencia» respondía en relación con las modificaciones contractuales sobrevenidas, 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 los siguientes términos:

- 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.
- Dado que las modificaciones sobrevenidas pueden ser consecuencia de una formulación deficiente de los pliegos o los proyectos, estos 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.
- Debe evitarse incluir en la modificación nuevas prestaciones que no son directamente imputables al surgimiento de la circunstancia imprevisible que la ha motivado.

(1777) Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero, en relación con 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 estas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así lo dispone el vigente artículo 139 del TRLCSP que “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, 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.



A partir de entonces, la nueva regulación de las modificaciones contractuales se fundamenta en dos parámetros, por un lado, en si las mismas han incluidas o no en los PCAPS (1778), y, por otro, en si, a pesar de ello, resultan afectadas las condiciones esenciales del contrato (1779) pues, en tal caso, resulta obligado el impulso de una nueva licitación.

b) *Naturaleza jurídica*

La regla del artículo 1256 del Código Civil, que prohíbe que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes, admite una interpretación flexible con arreglo a la cual una de las partes puede reservarse en el contrato la facultad de ejercitar un derecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones, por un lado, que se determine de forma objetiva los casos en que la parte que se reserva esa facultad pueda decidir por su sola voluntad el ejercicio del derecho, y, por otro, que se determine con precisión el alcance o contenido del derecho que se reserva. Dicha doctrina jurisprudencial (1780) avala, en consecuencia, las modificaciones expresamente previstas en el PCAPS que cumplan los dos citados requisitos que, por cierto, se encuentran en el artículo 204.1 de la LCSP, que exige que la cláusula de modificación se formule forma clara, precisa e inequívoca y que, en cuanto a su contenido, precise, entre otros aspectos, su alcance, límites y naturaleza, y las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva (1781).

(1778) STJUE de 14 de septiembre de 2016 señala que «Al establecer expresamente esa facultad y determinar el modo de aplicarla en dicha documentación, el poder adjudicador garantiza que todos los operadores económicos interesados en participar en ese contrato tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren así en pie de igualdad en el momento de formular su oferta (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU: C:2004:236, apartados 112, 115, 117 y 118). En cambio, si estas previsiones no figuran en la documentación del contrato, la necesidad de aplicar idénticas condiciones a todos los operadores económicos en un contrato público dado exige, en caso de modificación sustancial del contrato, abrir un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU: C:2004:236, apartado 127)».

(1779) 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 entiende 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».

(1780) Por todas, SSTS de 3 de marzo de 1992 y de 9 de enero de 1995.

(1781) Instrucción de la Abogacía General del Estado 3/2018, de 6 de marzo.



La idea central que fundamenta la potestad de modificación del contrato administrativo es el «principio de inmutabilidad del fin público» (*ius variandi*), que justifica la celebración del mismo, frente al «principio de inmutabilidad del contrato» (*contractus lex*) (1782). Debajo de esta idea subyace la construcción conceptual sobre la «noción de comunidad, de colaboración de las partes, en la satisfacción de una función económica y social» que, aparte de ser un elemento esencial del contrato, defiende que el contratista es un colaborador voluntario de la Administración porque entre ambos existe una comunidad de intereses pues ambas partes participan de la economía del contrato, por lo que el ordenamiento jurídico ha venido perfilando trabajosamente una serie de técnicas de apoyo al contratista para financiar sus labores y para que, cuando la remuneración deviene notoriamente insuficiente, revisar las relaciones pactadas.

De este modo, en los contratos administrativos no rige el «principio de intangibilidad de la remuneración contractual», propio del derecho privado, sino la «noción del equilibrio económico-financiero del contrato» en aras de un indiscutible principio de justicia conmutativa basado en el principio de buena fe contractual, consagrado en el artículo 7.1 del Código Civil que dispone que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» y que constituye un pilar del ordenamiento, hasta tal punto que se ha dicho que «la salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico», y que se aplica también cuando la ruptura del equilibrio económico financiero se produce en perjuicio de la Administración.

Por ello, tanto las modificaciones contractuales en sentido genérico, es decir, la concreta modificación del objeto de la relación contractual, como el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, se instrumentan mediante actos unilaterales de la Administración contratante, dictados en el ejercicio de la correspondiente potestad administrativa, los llamados «actos condición» derivados, en este caso de la LCSP. Su ejercicio ni requiere el consentimiento del contratista, ni su objeto se ve limitado por una eventual invariabilidad del ligamen contractual o unos hipotéticos derechos adquiridos por el contratista, ni, en fin, se somete a las reglas y procedimientos establecidos en la LPACAP para la revisión de oficio de los actos (1783).

c) *Ámbito de aplicación*

Los artículos 203 a 207 de la LCSP resultan aplicables a los Poderes Adjudicadores sean a no Administraciones Públicas, a pesar de estar incluidos en el Libro Segundo «de los contratos de las Administraciones Públicas».

(1782) Dictamen del Consejo de Estado número 108/2017, de 1 de junio.

(1783) Memoria del Consejo de Estado ejercicio 2017, «V. sobre Contratación Administrativa».

El Legislador ha establecido que resultará aplicable a un Poder Adjudicador No Administración Pública del artículo 3.3.d) de la LCSP ya que el artículo 319.1, párrafo primero, dispone que, aunque los efectos y extinción de los contratos que celebren se regirán por normas de derecho privado, sin embargo, les resultarán aplicables, entre otros preceptos (1784), los artículos 203 a 205 de la LCSP, sobre supuestos de modificación del contrato.

En correlación con el citado artículo 319, párrafo primero, de la LCSP, el artículo 27.1.c) dispone que serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo «Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública». En relación con el mencionado artículo 27.1.c), el artículo 27.2.a) de la LCSP dispone, aplicando la «teoría de los actos jurídicos separables», 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 artículo 27.1 (1785).

El artículo 319.1, párrafo segundo, de la LCSP dispone que, en los casos en que la modificación del contrato no estuviera prevista en el PCAPS, siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, 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.

(1784) Lo dispuesto en los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; 202 sobre condiciones especiales de ejecución; 214 a 217 sobre cesión y subcontratación; y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación; así como las condiciones de pago establecidas en los apartados 4.º del artículo 198, 4.º del artículo 210 y 1.º del artículo 243, y los citados artículos 203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato. (1785) STS, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 2017 señala que «esta sala, con relación a la denominada doctrina de los actos separables, en la citada sentencia 426/2008, de 28 de mayo, tiene declarado lo siguiente: «[...] La doctrina de los actos separables comporta la procedencia de reservar para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos previos a la perfección del contrato privado celebrado por la Administración y se funda en que dichos actos, aun cuando condicionan la validez y los efectos del contrato, pueden ser impugnados ante aquella jurisdicción con carácter independiente».



d) Premisas de la modificación contractual

El artículo 203.1 de la LCSP dispone que, sin perjuicio de los supuestos previstos en la misma respecto a la sucesión en la persona del contratista (artículo 98), cesión del contrato (artículos 214 a 217), revisión de precios (artículos 103 a 105) y ampliación del plazo de ejecución del contrato (artículos 29 y 195), los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público (1786), en los casos y en la forma previstos en los artículos 203 a 207, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207 (1787).

El artículo 203.2 de la LCSP dispone que los contratos administrativos solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- Cuando así se haya previsto en el PCAPS, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204 de la LCSP.
- Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el PCAPS, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205 de la LCSP.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en la LCSP, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 213.6 respecto de la obligación del contratista de adoptar 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 el modificado posee la nota de la «consustancialidad» con la obra originaria, mientras que la obra complementaria, aunque resulta conveniente y útil para el proyecto originario, no posee dicha característica (1788).

(1786) Informe JCCA número 50/2003, de 12 de marzo de 2004.

(1787) 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, 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.

(1788) 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.

El artículo 203.3 de la LCSP dispone que las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 153, y deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63.

e) Causas habilitantes

1. Modificación de contenido presupuestario

El artículo 47 bis de la LGP dispone que en relación con las obligaciones nacidas de negocios o actos jurídicos, formalizados de conformidad con el ordenamiento jurídico y de los que derivasen compromisos de gastos de carácter plurianual adquiridos de acuerdo con lo establecido en el artículo 47 de la LGP, cuando, excepcionalmente, en alguno de los ejercicios posteriores a aquel en que se asumió el compromiso, la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado no autorizase créditos suficientes para el cumplimiento de dichas obligaciones, se actuará de la siguiente manera:

- 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.
- Siempre que lo permitan las disponibilidades de los créditos, se acordará, de acuerdo con el procedimiento establecido en las correspondientes normas, la reprogramación de las obligaciones asumidas por cada parte, con el consiguiente reajuste de anualidades, ajustándolo a las nuevas circunstancias y, cuando ello no resulte posible, el órgano competente acordará la resolución del negocio siguiendo el procedimiento establecido en las correspondientes normas, y fijando las compensaciones que, en su caso, procedan.

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.

Por tanto, el citado artículo 47 bis ha añadido, desde el 1 de enero de 2013 (1789), un supuesto más de modificación contractual al contemplado en la LCSP. A esta circunstancia también se hará referencia en esta obra cuando se aborden las causas

(1789) Se añade por la disposición final decimocuarta, cuatro de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

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.

Sea como fuere, a juicio de los autores de esta obra, cabe 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

El artículo 204.1 de la LCSP dispone que los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia, hasta un máximo del 20 por ciento (1790) del precio inicial del contrato, IVA excluido (1791), cuando en los PCAPS (1792) se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes:

- La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.
- La citada cláusula, en lo que respecta a su contenido, deberá precisar con el detalle suficiente 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; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación.

Como ya se he señalado, los dos contenidos, a los que acaba de hacerse referencia, resultan acordes con la jurisprudencia respecto del artículo 1256 del Código Civil (1793) que, aunque prohíbe que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes, sin embargo, admite una interpretación flexible con arreglo a la cual una de las partes puede reservarse en el contrato

(1790) El establecimiento de este límite máximo es una novedad respecto de lo que se establecía en el artículo 106 del TRLCSP, que entendía que no debía existir límite alguno porque, al haber sido publicitada la modificación en los PCAPS o en el anuncio, los licitadores ya eran concedores de dicha posibilidad y en función de la misma pudieron fijar libremente sus ofertas.

(1791) Esta referencia al «precio inicial» ha de entenderse referida, 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.

(1792) Este artículo especifica que las modificaciones habrán de estar incluidas en el PCAPS, abandonando la referencia genérica que hacía el artículo 106 del TRLCSP a la documentación que rige la licitación, entendiéndose por tal los propios pliegos, pero también el anuncio de licitación.

(1793) Por todas, SSTS de 3 de marzo de 1992 y de 9 de enero de 1995.

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».

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 los contratos de concesión de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3, párrafo segundo, de la LCSP, hay que recordar que el artículo 99.7 señala que en los contratos adjudicados por lotes, si no se establece otra previsión en el PCAPS 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 PCAPS 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 con el lote que corresponda (1796).

El artículo 204.2 de la LCSP dispone que en ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el PCAPS modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta si 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. En relación con dicha cuestión, es preciso tener en cuenta que la propia LCSP contempla la posibilidad de que no se consideren modificaciones contractuales los excesos de medición (artículo 242.4 i) de la LCSP en contratos de obras), el incremento de las unidades contratadas (artículos 301.2 y 309.1, párrafo segundo, de la LCSP para los contratos de suministro y de servicios hasta el 10 por ciento del precio del contrato inicial), o por inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente (artículos 242.4.ii) de la LCSP para los contratos de obras, 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). Por ello, los mencionados porcentajes, no se computarán dentro del límite del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido que señala el artículo 204.1 anteriormente citado (1797).

(1796) Recomendación JCCPE número 12/2020, de 18 de septiembre, Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre, e Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre, y 5/2007, de 4 de octubre.

(1797) Instrucción de la Abogacía General del Estado 3/2018, de 6 de marzo, que lo declara aplicable, cuando hubiera sido incluido en los PCAPS, a un Poder Adjudicador No Administración Pública.

En cualquier caso, el artículo 109.3 de la LCSP dispone que cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de 15 días naturales contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación. A estos efectos, no se considerarán las variaciones de precio que se produzcan como consecuencia de una revisión del mismo, conforme a lo señalado en los artículos 103 a 105 de la LCSP.

Por último, hay que señalar, a juicio de los autores de esta obra, que, del mismo modo que el artículo 206.1 de la LCSP dispone que en los supuestos de modificación del contrato no recogidas en el PCAPS del artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, en el caso de las modificaciones previstas en los PCAPS por la vía del artículo 204, se producirá la misma obligatoriedad para los contratistas lo que fundamenta que la entidad contratante ostente indudablemente el derecho a exigir la modificación del contrato, pues la aceptación de la previsión de modificación habrá tenido lugar con la presentación de su oferta, que implica, conforme al artículo 139.1 de la LCSP, la aceptación incondicionada de las cláusulas de la relación contractual (1798). Por lo tanto, en ninguno de los dos supuestos, podría ser instada, por dicha causa, la resolución contractual (1799).

3. Otras modificaciones

El artículo 205 se refiere expresamente a las modificaciones no previstas en el PCAPS, especificando que las causas de ello podrán deberse a la aparición de prestaciones adicionales, de circunstancias imprevisibles, y de modificaciones no sustanciales.

En este sentido, el artículo 205.1 de la LCSP dispone, con carácter general, que las modificaciones no previstas en el PCAPS o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo 204, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

- Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el artículo 205.2 de la LCSP, es decir, que sean debidas a la aparición de prestaciones adicionales, de circunstancias imprevisibles, y de modificaciones no sustanciales, y,

(1798) Instrucción de la Abogacía General del Estado 3/2018, de 6 de marzo.

(1799) Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio.

- Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria (1800).

El citado artículo 205.2 dispone que los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación, siempre y cuando se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria, son los siguientes:

- 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, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

En relación con la introducción en el contrato de obras, suministros o servicios, elementos adicionales, es preciso advertir, a juicio de los autores de esta obra, que esta posibilidad es la única que contempla, vía modificación, la LCSP (1801). Efectivamente, el sistema previsto en esta Ley canaliza la aparición de nuevas necesidades o complementarias a las previstas en el contrato principal de modo diferente al previsto en el TRLCSP. En este, el artículo 105.2 señalaba que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos

(1800) 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.

(1801) Memoria del Consejo de Estado del año 2017, Apartado V. e).

supuestos, añade, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el procedimiento negociado sin publicidad por causa material para obras complementarias [artículo 171 b)] y para servicios complementarios [artículo 174 b)]. Para el caso de suministros, el artículo 173.c) del TRLCSP señala que también podrá celebrarse un nuevo contrato por procedimiento negociado sin publicidad, cuando se trate de entregas complementarias 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.

Ahora, a diferencia de lo señalado en el TRLCSP, en la LCSP ya no se contempla la figura de los contratos complementarios, con sustantividad propia y diferente del contrato principal, sino solamente la de las obras, servicios y suministros complementarios que se instrumentalizaría a través de la tramitación de la correspondiente modificación contractual. En este sentido, para el caso de contratos de servicios que sean complementarios de otros contratos de obras o de suministros, el artículo 29.7 de la LCSP dispone que podrán tener un plazo de vigencia superior al señalado en el apartado 4 de dicho precepto 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. 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. La iniciación del contrato complementario quedará en suspenso, salvo causa justificada derivada de su objeto y contenido, hasta que comience la ejecución del correspondiente contrato principal.

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 los contratos de concesión de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3, párrafo segundo, 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 PCAPS que rijan 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 PCAPS o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, las



mencionadas limitaciones han de entenderse aplicables en relación con el lote que corresponda (1802).

- 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 tres condiciones siguientes:
 - Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

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 refiera a supuestos muy concretos (1803), sino a lo indicado en el artículo 1105 del Código Civil, según el cual la fuerza mayor viene definida como «acontecimientos imprevisibles, o que previstos fueran inevitables» (1804). En cuanto al concepto de «caso fortuito» es preciso indicar que presupone la no concurrencia de actividad humana, es decir, resultaría vana cualquier previsión fruto del esfuerzo humano (1805). Ahora bien, se trata de una cuestión que habrá de valorarse caso a caso en relación con la posible participación humana y a la diferenciación citada entre un supuesto de «fuerza mayor» o de «caso fortuito» (1806).

- Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

(1802) Recomendación JCCPE número 12/2020, de 18 de septiembre, Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre, e Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre, y 5/2007, de 4 de octubre.

(1803) 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.

(1804) 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.

(1805) Entre otras, SSTS de 11 de mayo de 1983, de 23 de junio de 1990, y de 5 de febrero y de 7 de octubre de 1991.

(1806) Por todas, STS de 11 de mayo de 1983, de 6 de abril de 1987, de 23 de junio de 1990, de 1 de junio de 1996, y de 26 de junio de 2000.



- 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.

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 los contratos de concesión de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3, párrafo segundo, 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 PCAPS 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 PCAPS o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, las mencionadas limitaciones han de entenderse aplicables en relación con el lote que corresponda (1807).

- Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente su necesidad, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial, bien cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio, bien cuando, en cualquier caso, 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 PCAPS, respectivamente, 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.

(1807) Recomendación JCCPE número 12/2020, de 18 de septiembre, Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre, e Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre, y 5/2007, de 4 de octubre.

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.

- Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso se considerará que se da este supuesto, cuando 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, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, cuando se supere el umbral SARA que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23 de la LCSP, 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.

El artículo 301.2 de la LCSP dispone que en el contrato de suministro 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 inicial del mismo, IVA excluido (1808), a que se refiere el artículo 205.2 c) 3.º, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación (1809), siempre que así se haya establecido en el PCAPS y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.

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 los contratos de concesión de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3, párrafo segundo, 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 PCAPS 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 PCAPS o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor

(1808) Esta referencia al «precio del contrato» ha de entenderse referida, en concordancia con el artículo 205.2.c).3.º i de la LCSP, al precio inicial del contrato, IVA excluido.

(1809) Informe JCCA número 27/2012, de 14 de diciembre: Los incrementos de unidades contratadas regulados en el artículo 301.2 de la LCSP no constituyen, en puridad, supuestos de modificación contractual en un sentido técnico-jurídico. Prueba de ello es que dicho precepto reconoce dicha circunstancia.



de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, las mencionadas limitaciones han de entenderse aplicables en relación con el lote que corresponda (1810).

El artículo 206.1 de la LCSP dispone que en los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

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 los contratos de concesión de obras a tenor de lo establecido en el artículo 99.3, párrafo segundo, 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 PCAPS 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 PCAPS o porque se autorizara la presentación de ofertas integradoras a tenor de lo previsto en el artículo 99.5 de la LCSP, las mencionadas limitaciones han de entenderse aplicables en relación con el lote que corresponda (1811).

El artículo 206.2 de la LCSP dispone que cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 206.1, la modificación no resulte obligatoria para el contratista porque, a pesar de darse las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos (1812), al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del IVA, solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en el artículo 211.1.g) de la LCSP.

(1810) Recomendación JCCPE número 12/2020, de 18 de septiembre, Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre, e Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre, y 5/2007, de 4 de octubre.

(1811) Recomendación JCCPE número 12/2020, de 18 de septiembre, Informe JCCA número 21/1994, de 19 de diciembre, e Informes Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias números 5/2005, de 29 de septiembre, y 5/2007, de 4 de octubre.

(1812) Resulta curioso observar como la causa de resolución del artículo 211.1.g) de la LCSP hace referencia a dicho límite «en más o en menos» cuando, sin embargo, el artículo 206 refiere la no obligatoriedad de la modificación para el contratista en función de que se supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

Desde el punto de vista procedimental, el artículo 207.1 de la LCSP dispone que, en el caso previsto en el artículo 204, las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los PCAPS.

El artículo 207.2 de la LCSP dispone que, antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a 3 días naturales, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

El artículo 207.3 de la LCSP dispone que los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato SARA, a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el anexo IV, en los casos previstos en el artículo 205.2.a) y b), deberán publicar en el DOUE el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en la LCSP.

Asimismo los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si este fuera o NO SARA y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días naturales desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado 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.

El artículo 207.4 de la LCSP dispone que lo dispuesto en el artículo 207 se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 191 de la LCSP.

4. Modificaciones de contratos basados en un acuerdo marco

El artículo 222.1, párrafo primero, inciso primero, de la LCSP dispone que las modificaciones de los acuerdos marco y de los contratos basados parten de la misma base, que consiste, como no podría ser de otro modo, de respetar las premisas propias de toda modificación contractual a las que ya se hecho referencia con anterioridad. Por ello, el segundo inciso del mencionado párrafo, recordando lo señalado en el artículo 205.2.c) 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, es decir, la modificación del contrato basado no podrá tener como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al recogido en el acuerdo marco originario.

El artículo 222.1, párrafo segundo, establece que 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 (debe ser entendido como precio o pre-

cios ofrecidos por los adjudicatarios del acuerdo marco, IVA excluido) (1813) 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. A juicio de los autores de esta obra, no se entiende bien este último inciso, toda vez que los licitadores han efectuado unas ofertas por precio cierto para resultar adjudicatario o adjudicatarios del acuerdo marco, en función del sistema fijado en el mismo (un adjudicatario al que se adjudicarán los contratos basados durante el período de duración del acuerdo marco, o bien varios adjudicatarios de entre los cuales se adjudicarán los contratos basados en función de los criterios de adjudicación contenidos en el propio acuerdo marco), y el techo de aumento de los citados precios ya aparece fijado en el propio párrafo segundo del artículo 222.1, motivo por el cual muy mal debería de hacerlo el órgano de contratación para fijar precios unitarios «superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos», cuando ya adjudicó los contratos basados y posee una referencia cierta en materia de precio que, es de suponer, fue fijada teniendo en cuenta que, a tenor del artículo 102.3 de la LCSP, ha de velar porque sea adecuado, atendiendo al precio general de mercado, para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe.

Sin perjuicio de lo señalado, el artículo 222.2 de la LCSP dispone que 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 ciento el inicial de adjudicación (debe ser entendido como precio o precios ofrecidos por los adjudicatarios del acuerdo marco, IVA excluido) (1814), salvo que el PCAPS 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 límite que se establece en el párrafo anterior.

(1813) Esta referencia al «precio inicial» ha de entenderse referida, 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.

(1814) Esta referencia al «precio inicial» ha de entenderse referida, 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.

A juicio de los autores de esta obra, es preciso advertir que, por un lado, el mencionado artículo 222.2 ha de ser interpretado a la luz del artículo 193.5.e) del RGTRLCAP y, por otro, supone una excepción al régimen general previsto en el artículo 204.1.b), párrafo primero, de la LCSP, en los siguientes términos:

En relación con el artículo 222.2 de la LCSP, el artículo 193 del RGTRLCAP regula el procedimiento para la adquisición centralizada de bienes declarados de utilización común. En su apartado 5 prevé que, en el caso de los contratos de suministro de adopción del tipo, los PCAPS deberá incluir la obligación de los adjudicatarios de aplicar a los bienes durante la vigencia del contrato, los precios y condiciones con que concurren en el mercado si mejoran los de adjudicación, siempre que las circunstancias de la oferta sean similares. A juicio de los autores de esta obra, la regulación del contrato de adopción de tipo, como antecedente directo del acuerdo marco, puede hacerse extensiva a este. Pues bien, en aplicación del mencionado artículo 193.5.e), será posible que el planteamiento de «condiciones económicas más ventajosas» pueda realizarse por los adjudicatarios de los contratos basados como por los que no han sido, y, en consecuencia, podrían influir en la adjudicación de los contratos basados futuros si el precio fuera uno de los criterios de adjudicación.

Por otro lado, como ya se ha señalado, el artículo 222.1, párrafo segundo, de la LCSP admite la fijación, vía modificación, de nuevos precios unitarios que, sin embargo, no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación, lo que se opone a lo previsto en el artículo 204.1.b), párrafo primero, de la LCSP que, para el régimen general de modificaciones previstas en los PCAPS, exige que la cláusula establecerá que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato. Del tenor literal de ambos preceptos se deriva que, cumpliendo las condiciones que prevé el artículo 222, las modificaciones de los acuerdos marco suponen una excepción al régimen general basada en la especificidad que presenta su funcionamiento y que permite este tipo de modificación, del mismo modo que, como ya se ha analizado, también cabe la modificación del acuerdo marco mediante la sustitución de los bienes adjudicados por otros, siempre que mejoren las prestaciones de los adjudicados.

Como marco general de esta regulación específica de los modificados en el entorno de los acuerdos marco, hay que recordar que se trata de un sistema de racionalización técnica de la contratación, tendente a obtener condiciones más favorables para la Administración que el contrato público individualmente considerado, siendo el acuerdo marco una técnica de agregación de la demanda, que permite que las Administraciones públicas sumen sus necesidades y actúen en forma coordinada en el mercado para obtener eficiencia en el gasto y una mejor utilización de los recursos públicos, de manera que lo que busca este sistema es estandarizar las condiciones de adquisición, mejorar la posición de negociación



y el precio final, y hacer más eficiente el proceso de contratación. Por ello, en función de los principios rectores de la Contratación Pública que se recogen en el artículo 1.1 de la LCSP, si se aprecian unas «condiciones económicas más ventajosas» se puedan modificar los precios unitarios del acuerdo marco, siempre aplicando los requisitos legales previstos para ello, con el objeto de seleccionar la mejor oferta que permita una mejor y más eficiente utilización de fondos públicos (1815).

f) Especificidades aplicables a ciertos contratos

1. Contrato de obras

El artículo 242.1 de la LCSP dispone que serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en el artículo 206, es decir, aquellas acordadas por el órgano de contratación cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. En caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

El artículo 242 de la LCSP diferencia claramente dos supuestos, por un lado, el de la modificación propiamente dicha del contrato, que exige la tramitación del expediente y la aprobación del órgano de contratación (artículo 242.4) y, por otro, el que supone la puesta en funcionamiento de un procedimiento específico de modificación, en los casos de introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este (artículo 242.2), en cuyo caso, no se exige la aprobación previa por el órgano de contratación ni tampoco la tramitación de un expediente para su modificación (1816).

El citado artículo 242.4 de la LCSP, dispone que cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula la LCSP, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente (1817), que se sustanciará con la redacción de la modificación del proyecto y la aprobación técnica de

(1815) Resoluciones del TACRC números 282/2020, de 27 de febrero, 1442/2021, de 21 de octubre, y 259/2022, de 24 de febrero.

(1816) Se trata de un supuesto específico, dotado de una regulación expresa, que tiene por finalidad facilitar la ejecución de los contratos de obras al margen del régimen general de los modificados de los contratos (Informe JCCA número 27/2012, e Informes JCCPE números 85/2018 y 57/2019).

(1817) El artículo 242.2 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.

la misma, con el trámite de audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de 3 días naturales, y con la aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

No obstante, continúa señalando el citado artículo 242.4, que no tendrán la consideración de modificaciones (1818):

- El 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 (1819), IVA excluido (1820). Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.

En relación con dicha certificación final, se ha planteado si el artículo 160.2 del RGTRLCAP que dispone que los excesos de mediciones «se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales», se encuentra tácitamente derogado o no. En relación con el citado asunto, cabe señalar que lo previsto en el artículo 242.4 de la LCSP no resulta incompatible con lo indicado en el citado artículo 160.2 ya que pueden interpretarse de manera sistemática, de modo que, por un lado, la LCSP obliga a incluir los excesos de medición en la certificación final de las obras con el fin de garantizar su control y el pago íntegro y no excesivo de las cantidades que representan y, por otro lado y sin perjuicio de lo anterior, el RGTRLCAP exige incorporar los excesos de medición que mensualmente se vayan produciendo a las relaciones valoradas y certificaciones mensuales.

En una correcta práctica por parte del órgano de contratación, este sistema permitiría detallar y pagar provisionalmente la obra realmente ejecutada en cortos periodos de tiempo y también, en el momento de la certificación final,

(1818) Informe JCCA número 27/2012, de 14 de diciembre.

(1819) Es preciso tener claro que, si en la ejecución de una obra se produjera un exceso de mediciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto por encima del 10 por ciento del precio del contrato inicial, debe tramitarse una modificación por la totalidad de la variación detectada.

Por el contrario, si el exceso de mediciones es igual o inferior al 10 por ciento del precio del contrato inicial, no es necesario tramitar un expediente de modificación ni tampoco obtener autorización previa del órgano de contratación (Informe JCCA número 74/2009), lo que, sin embargo, no habilita en modo alguno a que el contratista pudiera introducir nuevas unidades de obra por su exclusiva voluntad.

(1820) 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». Informe JCCA número 37/2007.

proceder a liquidar la cantidad definitiva que, como excesos de medición, se haya podido comprobar que existen a la finalización de la obra(1821).

El artículo 160.1 del RGTRLCAP, que trata específicamente de las variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas, señala lo siguiente:

«1. Solo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido».

De lo señalado cabe deducir lo siguiente:

- En los casos de excesos de medición, el único requisito que exigía la norma era que tales alteraciones no representasen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato, IVA excluido. Sin embargo, en los casos de defectos de medición, son aceptados por el RGTRLCAP sin someterlos a ninguna limitación.
- Dado el tenor literal del mencionado artículo 160.1, que se refiere a «alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto», no existe impedimento a la posibilidad de compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo del límite del 10 por ciento que ha de aplicarse al saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir, teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutadas.
- Por tanto, ante una pequeña discrepancia no ocasionada por el contratista en el número de unidades de obra, se considera que no se está ante una modificación contractual, que no hay riesgo para la concurrencia y que, en consecuencia, no es siquiera necesario tramitar un expediente de modificación del contrato(1822).

Para la determinación de dicho límite del 10 por ciento del precio del contrato inicial, IVA excluido, hay que distinguir el supuesto de exceso en las mediciones, en cuyo caso se utilizará para el cálculo del importe de la variación los precios que constan en el proyecto y que fueron aceptados por el licitador, del de la introducción de unidades de obra nuevas o con características diferentes a las del proyecto, en cuyo caso los precios a aplicar deben cambiar y fijarse *ex novo*. En este último caso, cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra nuevas o con características diferentes no previstas

(1821) Informe JCCPE número 85/2018.

(1822) Informes JCCPE números 85/2018 y 57/2019, siguiendo la misma doctrina mantenida en el Informe JCCA número 16/2006.

en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este y no sea necesario realizar una nueva licitación, en caso de no aceptar el contratista los precios nuevos fijados por la Administración, el artículo 242.2 de la LCSP señala que, en ningún caso, será obligatoria su ejecución para el contratista pues el órgano de contratación podrá optar por contratar las unidades de obra con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, por ejecutarlas directamente, o por instar la resolución del contrato.

Para la tramitación de la modificación del contrato, como ya se ha analizado, el artículo 242.4, párrafo primero, de la LCSP indica que cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos legalmente establecidos, 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, y con la aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.

Ahora bien, de modo compatible con lo señalado, el artículo 162.2 del RGTRLCAP señala lo siguiente:

«Cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas».

De acuerdo con lo indicado, el artículo 242.4, párrafo primero, de la LCSP y el artículo 162.2 del RGTRLCAP resultan compatibles pues, mientras que este exige al Director que presente la hoja de precios y que el contratista preste su asentimiento para poder iniciar los trabajos, aquél requiere que se autorice la tramitación de un expediente de modificación con audiencia del contratista (que versará, entre otras cosas, sobre la aceptación de los precios establecidos por la Administración) y que, tras redactar y aprobar la modificación del proyecto, se apruebe el expediente en su conjunto.

A todo ello hay que añadir que, como se analizará a continuación, el artículo 242.5, último párrafo, de la LCSP dispone 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 medi-

- En el precio global del contrato no han de entenderse incluidos los excesos de mediciones porque ya están incluidas en el artículo 242.4.c).i) de la LCSP, sino que se ha de entender en el sentido del precio de adjudicación del contrato.
- Si la fijación de precios nuevos se debe a que han de establecerse unas nuevas condiciones, parece lógico entender que no pueda producirse la compensación con cualesquiera unidades de obra suprimidas, sino estrictamente con aquellas unidades de obras que directamente se ven afectadas por la incorporación de los precios nuevos.
- Por último, no exigirá, porque no se trata de una modificación del contrato, la aprobación previa por el órgano de contratación ni la tramitación de un expediente para su modificación.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, recogido en el artículo 242.2 de la LCSP, y que hace referencia, como ya se ha señalado, a la puesta en funcionamiento de un procedimiento específico de modificación, en los casos de introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, en cuyo caso, no se exige la aprobación previa por el órgano de contratación ni la tramitación de un expediente para su modificación (1824). En este caso, los precios aplicables serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de 3 días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, 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.

En relación con los dos supuestos que contempla el artículo 242, por un lado, el de la modificación propiamente dicha del contrato, que exigen la tramitación y la aprobación del órgano de contratación (artículo. 242.4) y, por otro, el que supone la puesta en funcionamiento del procedimiento específico de modificación a que se acaba de hacer referencia (artículo 242.2), se han planteado dos cuestiones en relación con la aplicación de la figura de la revisión de precios (1825):

- Por un lado, sobre cuál debe ser el *dies a quo* o momento inicial para el cálculo de la revisión de los precios cuando se trata de un contrato mixto de redacción del proyecto y de ejecución de la misma obra, sobre si debe atenderse a la fecha de la aprobación del proyecto o al de la adjudicación del contrato. El TS ha entendido que, en tal caso, la previsión general de exención de 2 años para

(1824) Se trata de un supuesto específico, dotado de una regulación expresa, que tiene por finalidad facilitar la ejecución de los contratos de obras al margen del régimen general de los modificados de los contratos (Informe JCCA número 27/2012, e Informes JCCPE números 85/2018 y 57/2019).

(1825) STS de 4 de marzo de 2020.

la revisión de precios del artículo 103.5 de la LCSP, debe entenderse referida no a la fecha de adjudicación del contrato mixto sino a la fecha de aprobación del proyecto de ejecución de la obra por la administración contratante, sin que los tiempos intermedios entre aquella adjudicación y la aprobación del proyecto puedan tener relevancia para la revisión, fundamentándolo de la siguiente manera:

- Porque es en el momento de la aprobación del proyecto de ejecución cuando quedan fijados definitivamente los precios contradictorios de las obras, siendo característica de los contratos administrativos la necesidad de existencia de un precio y que este sea cierto. Hasta entonces, los precios de redacción de proyecto, de ejecución de obra, y otros aspectos esenciales relativos al contrato de obras, no están determinados y están sometidos a una condición suspensiva que es la aprobación del proyecto por el órgano de contratación, aprobación que perfecciona el contrato en lo relativo a la ejecución de las obras.

- Porque el artículo 231 de la LCSP dispone lo siguiente:

«1. En los términos previstos en esta Ley, la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato. La aprobación del proyecto corresponderá al órgano de contratación salvo que tal competencia esté específicamente atribuida a otro órgano por una norma jurídica.

2. En el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra, la ejecución de esta quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por el órgano de contratación».

Por tanto, en el contrato de obras no cabe hablar de adjudicación si no existe previamente aprobación del proyecto.

- Porque el artículo 234.3 in fine de la LCSP corrobora este planteamiento cuando señala que «En el supuesto de que el órgano de contratación y el contratista no llegaren a un acuerdo sobre los precios, el último quedará exonerado de ejecutar las obras, sin otro derecho frente al órgano de contratación que el pago de los trabajos de redacción del correspondiente proyecto».
- Por otro lado, también en relación con la aplicación de la revisión de precios, si el límite del 20 por ciento exento de la revisión de los precios, al que se refiere el artículo 103.5 de la LCSP, debe calcularse sobre la base del presupuesto del proyecto original o modificado: A tal efecto, el TS señala que el citado porcentaje se aplicará, una vez cumplido el requisito del transcurso del plazo a contar desde la aprobación del proyecto de ejecución, en función de cada presupuesto y cada tramo de obra, es decir, sin importar que se trate del

contrato inicial como del contrato modificado, fundamentando su criterio en base a las siguientes consideraciones:

- Porque la normativa aplicable, a diferencia de lo que se establecía con anterioridad (1826), no contiene mención alguna en relación con la revisión de precios en los casos de modificación de proyectos. Por ello, en el plano teórico, es posible mantener dicha postura, aunque las situaciones fácticas que pueden presentarse pueden ser muy distintas.
- Porque la STS de 10 de febrero de 2020 estableció que el citado porcentaje de exención se aplicará, una vez cumplido el requisito del transcurso del plazo exento desde la aprobación del proyecto de ejecución, en función de cada presupuesto y cada tramo de obra, de manera que tanto el contrato inicial como el contrato modificado tendrán derecho a revisión de precios y a adaptarlos al precio de mercado en función de sus propias circunstancias y fechas.

No puede olvidarse que la modificación afecta a nuevas unidades de obra, con lo que debería atenderse al presupuesto modificado, pero también a unidades de obra iniciales, ya ejecutadas, pero con exceso de medición, donde admitir el presupuesto modificado directamente podría generar efectos perversos a la hora de ejecución.

El artículo 242.3 de la LCSP dispone que 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 (1827), para que, si lo considera oportuno, pueda acudir a dicho acto en sus funciones de comprobación material de la inversión, y ello, sin perjuicio de, una vez terminadas las obras, efectuar la recepción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243.1, en relación con el artículo 210.2 de la LCSP.

El artículo 242.5 de la LCSP dispone que cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello

(1826) Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, por el que se modifica el 16/1963, de 10 de octubre, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y Organismos autónomos, y Decreto 461/1971, de 11 de marzo, por el que se desarrolla el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y Organismos autónomos.

(1827) STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE número 97, de 23 de abril de 2021), que declara que el apartado 3 del artículo 242 es conforme con el orden constitucional de competencias, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 7 C) e) párrafo tercero h).

ocasiona 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 exclusivamente la incorporación de las siguientes actuaciones:

- 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 y la justificación de que la modificación se encuentra en uno de los supuestos previstos en el artículo 203.2 de la LCSP, es decir, que estaba prevista en los PCAPS, 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 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.
- Audiencia del contratista.
- Conformidad del órgano de contratación.
- Certificado de existencia de crédito.
- 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 los órganos de contratación cuidarán de 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. 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 el plazo de 6 meses contados desde el acuerdo de autorización de la continuación provisional de las obras deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de 8 meses el expediente de la modificación del contrato.

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.

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 la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación de la modificación del contrato.

Las obras ejecutadas dentro del plazo de 8 meses, 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 261.1.b) de la LCSP 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 (1828) en los casos y en la forma previstos en la LCSP.

A tal efecto, el primer inciso del artículo 255 de la LCSP señala que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido 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», del Libro Segundo «De los contratos de las Administraciones Públicas» (1829).

(1828) Informe JCCA número 50/2003, de 12 de marzo de 2004.

(1829) 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 196/2008 (*Caso ACOSSET*) y por la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en mate-

fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios cuando procede, entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (1832). Por ello, el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de un contrato requiere la existencia de una alteración de la base del negocio, entendida como la expectativa común a ambos contratantes de que el contrato se celebra en atención a una concreta situación definida por unas circunstancias cuya aparición o persistencia es esperada por las partes (base del negocio subjetiva), y cuya subsistencia es necesaria para que el contrato continúe siendo una reglamentación común de intereses dotada de un fin (base del negocio objetiva) (1833).

El artículo 290.3 de la LCSP dispone que, en el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el concesionario no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

El artículo 290.4 de la LCSP establece que se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- Cuando la Administración realice, únicamente por razones de interés público, una modificación de las características del servicio contratado y de las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, en los términos del artículo 290.1 de la LCSP.
- Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de estos casos, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la LCSP.

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.

El artículo 290.5 de la LCSP dispone que, en los supuestos previstos en el artículo 290.4, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan.

(1832) Dictámenes del Consejo de Estado números 3205/2003 y 635/2005.

(1833) Dictámenes del Consejo de Estado números 637/2019 y 596/2020.

Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato [artículo 290.4 b)], o cuando hubiera incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario (artículo 290.4, último párrafo), 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 artículo 290.6 de la LCSP dispone que el contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando 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 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.

Cuando el contratista desistiera del contrato, la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

g) Procedimiento

El procedimiento de tramitación de las modificaciones contractuales debe ser lógicamente diferente en función de si las mismas han sido previstas desde un primer momento en los PCAPS (artículo 204), o si han acontecido con posterioridad al momento de la perfección del contrato por la aparición de prestaciones



adicionales, de circunstancias imprevisibles, y de modificaciones no sustanciales (artículo 205).

Así, lo hace el artículo 207 de la LCSP que, por un lado, dispone en su apartado 1 que, cuando la modificación contractual hubiese sido prevista en los PCAP, se acordará en la forma que se hubiese especificado en los mismos, mientras que, en su apartado 2, señala que, antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a 3 días naturales, 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 dirigir, precisamente, al «redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas», cuando se trata de un inciso que sí se contemplaba en el artículo 107.1.a) del TRLCSP («Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas») pero que ha sido suprimido en la redacción del 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, sin más, 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 207.3 de la LCSP dispone que los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato SARA por la aparición de prestaciones adicionales [205.2 a)] o circunstancias imprevisibles [artículo 205.2 b)], salvo que se tratara de contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el Anexo IV de la LCSP, deberán publicar en el DOUE el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en la LCSP.

Asimismo los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de que fuera o NO SARA y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días naturales desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado 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.



El artículo 207.4 de la LCSP dispone que lo dispuesto en el artículo 207 se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 191 de la LCSP.

Para finalizar, hay que indicar que, aparte de los no pocos problemas que puede conllevar la modificación de todo contrato, 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 para sustentar su postura.

h) Formalización

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 PCAPS, deberán incluir, necesariamente, los supuestos en que procede, en su caso, la modificación contractual (1834).

G. Suspensión contractual

El artículo 208.1 de la LCSP dispone que 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 (1835).

(1834) Véase lo señalado en esta obra en la Quinta Parte sobre «Aspectos troncales», 15. «Perfección de los contratos», b. «Formalización contractual», y en la Sexta Parte sobre «Normas aplicables a la contratación de un Poder Adjudicador Administración Pública», 9. «Formalización contractual».

(1835) Informe JCCPE número 27/2020 en el que analiza, a consecuencia de las medidas producidas como consecuencia de la declaración del estado de alarma (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre), que el artículo 208 de la LCSP no resulta aplicable en el entorno de un encargo a medio propio celebrado a tenor de su artículo 32 de la LCSP.

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 (1836).

El artículo 208.2 de la LCSP dispone que, acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este con sujeción a las siguientes reglas:

- Salvo que el PCAPS que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego vinculados al objeto del contrato, y, cuando se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:
 - Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.
 - 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.
 - Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.
 - Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.
- 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 1 año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato.

H. Extinción contractual

a) Cumplimiento contractual

1. Regulación general

El artículo 209 de la LCSP dispone que los contratos se extinguirán por su cumplimiento o por resolución. No obstante, la extinción del contrato de concesión de

(1836) Informe JCCA número 40/2008, de 29 de enero de 2009.

obras posee unas características especiales que se describen en el artículo 283.1 y 2 de la LCSP que dispone que 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 la LCSP. No obstante, los PCAPS podrán prever que, a la extinción de la concesión, las 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.

El cumplimiento del contrato es la forma normal de extinción del contrato administrativo, en virtud del cual su objeto llega a ejecutarse en su integridad 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. El artículo 210.1 de la LCSP dispone que «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».

Frente a esta postura, 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 instarse la resolución del contrato. Sobre este asunto (1837), es preciso insistir que es necesario que se haya realizado a satisfacción de la Administración la totalidad del objeto del contrato, de manera que, hasta entonces, la extinción del contrato puede producirse por resolución.

No obstante, es posible que el contenido obligacional pudiera no surgir necesaria y obligatoriamente del contrato y de los PCAPS, aunque este sea lógicamente su entorno habitual. Pudiera suceder que la Administración, con su comportamiento y en el ejercicio de determinadas prerrogativas contractuales al amparo del artículo 190 de la LCSP, generara la necesidad de pago de prestaciones inicialmente no previstas y que, de no ser abonadas, harían surgir la figura del «enriquecimiento injusto». Se trataría, por ejemplo, de supuestos en los que el contratista siguió realizando estudios 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

(1837) Dictamen del Consejo de Estado número 1252/2009 (Fomento), de 23 de julio, sobre resolución del contrato de obra: «Nuevo acceso al Aeropuerto de Burgos. Provincia: Burgos».



a seguir prestando el servicio con los mismos ratios de calidad hasta que se solventa la cobertura del mismo» (1838).

En relación con el citado artículo 210 de la LCSP, el artículo 94.1 y 2 del RGTRLCAP dispone 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 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 ha hecho 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 (1839).

Entrando en un análisis más específico del artículo 210 de la LCSP, es preciso señalar que 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 PCAPS, en los PPTS y en el contrato (1840).

(1838) STSJ de Galicia de 3 de marzo de 2011. Otros ejemplos, se plantean en la STS de 12 enero de 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, y en la SAN de 24 de febrero de 2014 (celebrado por ADIF para la infraestructura del AVE Madrid-Barcelona), en la que en un documento que se anexaba a los PPTS, denominado «Plan Marco», se establecía la genérica obligación de que el contratista asumía el gasto generado por «la supresión de trenes, transbordos o cualquier otro gasto ocasionado a la circulación ferroviaria».

(1839) 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.

(1840) 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 señala, respecto de la obligatoriedad de proceder al acto de comprobación material



En relación con la aplicación del citado artículo 210.1 de la LCSP, se han planteado dudas sobre el momento preciso en el que debe entenderse finalizado y, por lo tanto, extinguido un contrato de defensa jurídica (1841). El artículo 29.4, párrafo primero, de la LCSP establece que los contratos de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas que acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante. Los párrafos segundo, tercero y cuarto del mencionado artículo 29.4 disponen algunas excepciones que, sin embargo, no se entienden aplicables a un contrato de la naturaleza jurídica señalada. Por ello, cabría plantear alguna de las siguientes posibilidades:

- Que se celebrara el contrato con una extensión que se extendiera hasta la extinción de todos los pleitos.
- Que se precisara cubrir la defensa jurídica no genéricamente sino para un determinado asunto dada su especial complejidad, es decir, se celebraría una contratación singular de la defensa jurídica para un pleito determinado,

En relación con la citada alternativa, solamente en el segundo caso (especial complejidad) sería posible extender la duración del contrato hasta la finalización de dicho asunto en vía administrativa y judicial, eso sí, previa justificación de esta peculiaridad en el expediente. La primera posibilidad (contratación genérica hasta la sustanciación de todos los pleitos iniciados durante el contrato), se considera una restricción excesiva de la concurrencia, máxime si se tiene en cuenta

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».

(1841) Informes JCCPE números 4/2019 y 24/2019.



que la contratación de este tipo de servicios debe efectuarse de forma conjunta, mediante la adjudicación de un solo contrato, teniendo en cuenta la cuantía global de todos los juicios o prestaciones jurídicas que comprenda, si ello fuera posible, o si no, en atención al plazo de duración de ese servicio de defensa legal, para lo cual deben respetarse los principios de publicidad y libre concurrencia.

El artículo 210.2 de la LCSP dispone que, en todo caso, la constatación del cumplimiento 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 PCAPS por razón de sus características. A la Intervención de la Administración correspondiente (1842) le será comunicado, cuando ello sea preceptivo (1843), 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 1 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 irroque (1844).

El artículo 210.3 de la LCSP dispone que 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 la LCSP o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista. 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 este sentido, 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».

(1842) 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 IGAE (artículo 143 de la LGP).

(1843) 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.

(1844) Artículo 107 del RGTRLCAP.

El artículo 210.4 de la LCSP dispone que, excepto en los contratos de obras en los que, dentro del plazo de 3 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 en el plazo previsto en la LCSP (artículo 243.1, párrafo segundo), dentro del plazo de 30 días naturales 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 plazo de 30 días naturales 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 (1845). 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 (1846), siempre que estos últimos se encuentren «debidamente acreditados», lo que implica la necesidad de aportar «justificantes concretos e individualizados de los gastos» (1847).

A estos efectos, para la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones del contratista para reclamar el importe de los trabajos, no ha de ser necesario que, en todo caso, se haya efectuado previamente la liquidación definitiva, sino que, cuando esta no se haya producido, bastará con que aparezcan otros actos concluyentes, como por ejemplo la certificación final de las obras o la devolución de la garantía definitiva, ya que determinan la conclusión o extinción de la relación contractual (1848).

(1845) 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 (en lo sucesivo, LFE), 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.

(1846) Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento.

(1847) SAN de 28 de mayo de 2021, con cita de las SSAN de 14 de enero de 2009, de 30 de enero de 2014, de 30 de junio de 2017 y de 18 de febrero 2019.

(1848) STS de 25 de octubre de 2021.



Respecto al alcance y contenido de la liquidación de los contratos, suele suceder que los órganos de contratación entienden que la liquidación es una operación de cuantificación y pago de todas las relaciones económicas existentes con el contratista, de manera que incluye indemnizaciones de todas clases en su montante. Sin embargo, esta postura debe ser desechada y reconducida a la verdadera naturaleza que es propia de la liquidación contractual (1849).

Los contratos quedan concluidos y consumados, por parte del contratista, en el momento en que termina, total o parcialmente, la ejecución de la prestación y, por parte de la Administración, en el momento en que la recibe y asume la contraprestación de satisfacer el precio definitivo que corresponde a las labores hechas (1850). De acuerdo con ello, no ha de perderse de vista que, aunque el precio es exigible desde el momento en que el contratista ha cumplido con su obligación de ejecutar la prestación debida y de entregarla, sin embargo, solamente resulta líquido y exigible desde que la Administración efectúa la liquidación del contrato, es decir, desde que comprueba y valora las prestaciones realizadas con el precio pactado. Ello se instrumenta mediante la liquidación que comprende un conjunto de operaciones que deben quedar reguladas en el PPTS, en los PCAPS, o en otras reglas legales y reglamentarias que las disciplinen pormenorizadamente.

Por tanto, la liquidación es un acto unilateral y no negocial, debido, de verificación o comprobación que crea una situación jurídica vinculante para la Administración en el sentido de que no puede modificar el precio una vez establecido su importe. Comprende varias fases:

- La de comprobación de que la prestación realizada se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento.
- La de liquidación, aplicando a la prestación recibida los precios y condiciones económicas del contrato, obteniéndose así el saldo de liquidación a precios de contrato. La cifra alcanzada puede ser objeto de aumento o disminución. Se aumenta con la partida de su revisión, si hay cláusula de revisión de precios en el contrato u otro mecanismo de actualización, y se disminuye con la baja que haya hecho, en su caso, el contratista. El montante resultante constituye el saldo bruto en concepto de precio. De él han de deducirse los abonos a cuenta en certificación, alcanzándose entonces el saldo final de liquidación, que puede ser positivo o negativo para la Administración. La liquidación incluye las partidas integrantes del precio del contrato. No obstante, puede comprender otras que no forman parte de él, como las pena-

(1849) Memoria del Consejo de Estado ejercicio 2017, «V. sobre Contratación Administrativa».

(1850) Dictamen del Consejo de Estado número 350/2017, de 20 de julio.

lidades impuestas al contratista, si no se han aplicado antes de las certificaciones, y los importes de los intereses de demora devengados (1851).

Por tanto, como tal, es un acto administrativo susceptible de impugnación, para cuya formación no es necesaria la voluntad del contratista.

Sin embargo, no todo tiene cabida en la liquidación del contrato, pues no puede ser entendida como el instrumento que incluye cualquier cuestión que afecta a la operación de cuantificación y pago de todas las relaciones económicas existentes con el contratista. Así, no puede incluirse en la liquidación, por no estar respaldado su pago con el presupuesto del contrato, ni las indemnizaciones reconocidas y debidas al contratista por paralizaciones o por otras razones, ya que son reparación o resarcimiento de daños y perjuicios, ni las cantidades abonables por trabajos adicionales que no estén amparados en el contrato, y que, si no son instrumentalizados por una modificación del contrato (artículo 204.2 c) de la LCSP), deben ser resarcidos al contratista para no generar un enriquecimiento injusto a favor de la Administración. La distinción tiene consecuencias prácticas pues las cantidades comprendidas en la liquidación devengan el IVA o impuesto indirecto equivalente, mientras que las indemnizaciones que no lo hacen.

En relación también con la liquidación del contrato, se ha planteado si, una vez aprobada la misma sin reserva alguna por parte del contratista, cabe entender que este renuncia a la reclamación de intereses de demora por el pago tardío (de anteriores certificaciones, si se trata de un contrato de obras), o si, por el contrario, la liquidación del contrato no comporta la extinción de dichas obligaciones ni del derecho a su reclamación, singularmente cuando la normativa reguladora de los intereses de demora los impone *ex lege* transcurrido el plazo previsto. Respecto a dicho asunto el TS (1852) en «interés casacional», señaló que «... la aprobación de la liquidación definitiva del contrato sin expresar salvedad al respecto

(1851) Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento.

(1852) SSTS de 6 de abril de 202, de 20 de febrero de 2020, siguiendo la doctrina recogida en la STS de 24 de septiembre de 2019. Véanse SSTS de 24 de junio de 2019 (falta de pago de los intereses de demora impide considerar extinguido el contrato), de 5 de abril de 2017 (a propósito de la devolución de las garantías), de 15 de noviembre de 2009 y de 22 de diciembre de 2010 (respecto del comienzo del cómputo del plazo de prescripción a partir de la liquidación definitiva del contrato a propósito de la compensación de deudas tributarias con los intereses de demora en el pago de certificaciones de obra, y de reclamación de intereses de demora), y de 24 de junio de 2011 (respecto de la ausencia de salvedad en el momento de la liquidación).



no impide la reclamación de las cantidades debidas en concepto de intereses por demora en el pago de certificaciones de obra dentro del plazo previsto por el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria».

El artículo 198.2, párrafo primero de la LCSP dispone que el pago del precio podrá hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado. Pues bien, en el caso de abono de pagos periódicos, 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.

Por último, es preciso señalar que, en principio y en base a consideraciones de seguridad jurídica, no resulta adecuado 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 sería posible, si el contrato no se hubiese liquidado, es incluir el crédito a favor de la Administración a efectos de su compensación en el momento de pago, y, si el saldo no resultase suficiente, aplicarlo con cargo a la garantía definitiva (1853).

(1853) 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 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». En el mismo se indica que «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 omnicomprendivos, es decir, se refieren a todos los tributos, sean impuestos o tasas.”



2. Reglas especiales

En el Título II «De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas», del Libro Segundo «De los contratos de las Administraciones Públicas» 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:

Como ya se ha señalado, el cumplimiento del contrato de obras presenta ciertas particularidades. El artículo 243.1 de la LCSP dispone que, a la recepción de las obras a su terminación y a los efectos establecidos en la LCSP, concurrirá un facultativo designado por la Administración representante de esta, el facultativo encargado de la dirección de las obras, y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo.

Dentro del plazo de 3 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 en el plazo previsto en la LCSP.

En el caso de obras cuyo valor estimado supere los 12.000.000 de euros, en las que las operaciones de liquidación y medición fueran especialmente complejas, los pliegos podrán prever que el citado plazo de 3 meses para la aprobación de la certificación final podrá ser ampliado, siempre que no supere en ningún caso los 5 meses.

En relación con la liquidación de las obras, en línea con lo ya señalado respecto a la naturaleza y contenido de la liquidación de los contratos públicos, debe insistirse que, con ser extremadamente trascendente la liquidación final 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 plan-

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».



teadas 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 ha de ser rechazada por extemporánea, al haber prestado el contratista recurrente su conformidad con la liquidación final de la obra, sin hacer reserva de su posible derecho a reclamar por dicho concepto (1854).

En sentido contrario al indicado, es preciso matizar la falta de encaje normativo que, en general, tienen las llamadas «Cláusulas de Reserva de Derechos», que, formuladas por el contratista de modo genérico en los momentos claves del contrato (1855) (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), pretenden servir como fundamento para una posterior reclamación a la Administración contratante de los daños y perjuicios que, a su juicio, se le hubiesen irrogado durante la ejecución del contrato, pero dejando pasar el momento procesal oportuno (1856) para haber motivado la misma. 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 (1857).

(1854) STS de 22 de mayo de 2012.

(1855) 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».

(1856) Resolución del TACRC número 31/2022, de 14 de enero.

(1857) 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 sobrecostes 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 solicitar a la Administración contra-

Por otro lado, se ha planteado si el juego entre la certificación final de la obra y la liquidación del contrato, cuando esta supone la revocación de la primera puede afectar a la teoría de los «actos propios» (1858) del poder adjudicador. Respecto a dicho asunto cabe señalar que, dado que la relación contractual que vincula a las partes sigue un concreto *iter procedimental*, la liquidación siempre será el paso último pues su finalidad es, precisamente, determinar con carácter finalista el haz de contraprestaciones económicas y de otro orden que requiere la finalización de dicha relación contractual. Por ello, hasta la liquidación del contrato no puede afirmarse que se hayan producido actos intermedios que causen estado, máxime los de carácter fundamentalmente económico, de tal suerte que dichos actos, como es el caso de la certificación final, están sujetos a la fijación ulterior y ya definitiva que deriva del expediente de liquidación. De otra forma, carecería de sentido, en aspectos fundamentales, la propia liquidación del contrato (1859).

El artículo 243.2 de la LCSP dispone que, si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado

tante 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. (1858) El Tribunal Supremo señala (STS de 2 de octubre de 2017), respecto de la vinculación a los «actos propios», que la jurisprudencia ha definido los elementos que deben concurrir, entre otras en la STS de 24 de febrero de 2016, poniendo de manifiesto:

- El principio *venire contra factum proprium non valet*, en cuanto que una misma y única realidad no puede dar lugar, o no debería dar lugar, a respuestas contradictorias. La fuerza vinculante de estos actos viene dada por los principios de buena fe, de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica, pues las Administraciones públicas, todas sin excepción, deben ajustar su actuación a dicha vinculación, sin que después puedan alterarla de manera arbitraria.
- La Administración, como todo sujeto de derecho, puede quedar obligada a observar hacia el futuro la conducta que ha seguido en actos anteriores, inequívocos y definidos, creando, definiendo, estableciendo, fijando, modificando o extinguiendo una determinada relación jurídica. Esos actos pueden ser expresos, mediante los que la voluntad se manifiesta explícitamente, presuntos, cuando funciona la ficción del silencio en los casos previstos por el legislador, o tácitos, en los que la declaración de voluntad se encuentra implícita en la actuación administrativa de que se trate (STS de 4 de noviembre de 2013).
- El dato decisivo radica en que, cualquiera que fuere el modo en que se exteriorice, la voluntad aparezca inequívoca y definitiva, de manera que, dada la seguridad que debe presidir el tráfico jurídico (artículo 9.3 de la Constitución) y en aras del principio de buena fe, enderezado a proteger a quienes actuaron creyendo que tal era el criterio de la Administración, esta última queda constreñida a desenvolver la conducta que aquellos actos anteriores hacían prever, no pudiendo realizar otros que los contradigan, desmientan o rectifiquen (SSAN de 12 de febrero de 2018, de 2 de julio de 2018, de 21 de junio de 2019, y de 25 de octubre de 2019). (1859) STS de 28 de marzo de 2018 citada en la SAN de 16 de octubre de 2020.



por la Administración contratante y representante de esta, las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía.

Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas se hará constar así en el acta y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquellos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

El artículo 243.3 de la LCSP dispone que el plazo de garantía se establecerá en el PCAPS 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 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 artículo 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. 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 artículo 243.4 de la LCSP 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.

El artículo 243.5 de la LCSP dispone que 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.

El artículo 243.6 de la LCSP dispone que, siempre que 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 concurran dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan.



En relación con esta cuestión, aunque la doctrina no ha adoptado una postura unánime (1860), 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 íntimamente relacionada con la apreciación de la prueba que realice el tribunal de instancia competente (1861).

El artículo 244.1 de la LCSP dispone que, si la obra se arruina o sufre deterioros graves incompatibles con su función con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá este de los daños y perjuicios que se produzcan o se manifiesten durante un plazo de 15 años a contar desde la recepción.

Asimismo, el contratista responderá durante dicho plazo de los daños materiales causados en la obra 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, contados desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de estas.

El artículo 244.2 de la LCSP dispone que las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el apartado anterior, por daños materiales dimanantes de los vicios o defectos, prescribirán 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.

El artículo 244.3 de la LCSP dispone que, transcurrido el plazo de 15 años establecido en el artículo 244.1 de la LCSP, sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida cualquier responsabilidad del contratista.

– 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 de la LCSP.

– Contrato de concesión de servicios:

El artículo 291.1 de la LCSP dispone que, finalizado el plazo de la concesión, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras

(1860) 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.

(1861) SSTTS de 8 de mayo de 2008, y de 7 de julio de 2011.

e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

El artículo 291.2 de la LCSP establece que, durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el PCAPS, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

El artículo 291.3 de la LCSP dispone que los bienes afectos a la concesión que vayan a revertir a la Administración en virtud de lo establecido en el artículo 291, no podrán ser objeto de embargo.

El artículo 292 de la LCSP establece que, si la Administración no hiciera efectiva al concesionario la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó en el contrato dentro de los plazos previstos en el mismo y no procediese la resolución del contrato o no la solicitase el concesionario, este 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 (1862).

El artículo 293.1 de la LCSP dispone que, cuando el contrato recaiga sobre un servicio público, si por causas ajenas al concesionario o bien del incumplimiento por parte de este 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 de la LCSP. En todo caso, el concesionario deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

El artículo 293.1 de la LCSP establece que, en cualquier caso, en los supuestos de incumplimiento por parte del concesionario 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:

El artículo 304.1 de la LCSP dispone que, 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.

(1862) Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento.



El artículo 304.1 de la LCSP establece que, 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.

El artículo 305.1 de la LCSP dispone que, 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.

El artículo 305.2 de la LCSP establece que durante este plazo de garantía tendrá derecho el contratista a conocer y ser oído sobre la aplicación de los bienes suministrados.

El artículo 305.3 de la LCSP dispone que, 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.

El artículo 305.4 de la LCSP establece que, terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o la denuncia a que se refiere el artículo 305.1 y 2, 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 (1863).

La LCSP, como se analizará a continuación, opta en general por un sistema de aplicación facultativa de las causas de resolución contractual. En estos casos, así como en los supuestos en los que debe instarse la resolución de modo obligatorio, es preciso recordar que debe realizarse una aplicación proporcionada

(1863) 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».

y mesurada de las causas de resolución contractual, pues constituye la forma más traumática de extinción de la relación contractual y conlleva graves consecuencias económicas e importantes perjuicios para el interés general (1864).

De acuerdo con lo señalado, no procederá la resolución cuando el contrato se hubiera cumplido pero la Administración, por ejemplo, en caso de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso previsto en el artículo 192 de la LCSP, entendiéndose que el contratista debe indemnizarle por los daños y perjuicios ocasionados.

Entre las causas de resolución contractual se pueden distinguir dos orígenes diversos. Por un lado, 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 otro, la causa prevista en el artículo 47 bis de la LGP 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 (1865), 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 (1866).

En la LCSP ya no existe la posibilidad de incluir causas de resolución en el propio contrato, teniendo las consecuencias que en este se establezcan y, en su defecto, las previstas en la LCSP y en el RGTRLCAP. Esta era una posibilidad que se contemplaba en el artículo 223.h) del TRLCSP y en el artículo 112.1 del RGTRLCAP que disponía que «La resolución por causas establecidas expre-

(1864) Dictamen del Consejo de Estado número 41941/1979, de 1 de marzo, y STS de 26 de marzo de 1987.

(1865) 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».

(1866) 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 máxima 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.

en las normas de desarrollo de la LCSP se establezca. De acuerdo con ello, se trata de una facultad exclusiva del órgano de contratación que deberá contar con la tramitación del correspondiente expediente administrativo, que, como es habitual en la LPACAP (1869), podrá iniciarse a instancia del contratista o de oficio por la propia Administración. No obstante, en artículo 212.1, párrafo segundo, de la LCSP continúa indicando que cuando la resolución del contrato traiga causa del 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 (artículo 211.1 i) de la LCSP), solo 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 de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio.

En el caso de que la resolución fuera instada por el contratista, el artículo 212.7 de la LCSP dispone que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en la LCSP. De acuerdo con esta, a tenor del artículo 213.2, 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, razón por la que solamente procederá la resolución del contrato en los casos previstos en la LCSP. Por ello, como regla general, no procederá la resolución del contrato, sino que el contratista ostentará los siguientes derechos:

- Como ya se ha señalado, al amparo del artículo 213.2 de la LCSP, al pago 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

(1869) Artículo 54 de la LPACAP.

En el supuesto de que la resolución sea instada por la Administración y esta finalmente se declare por incumplimiento culpable del contratista (1873), el artículo 213.3 de la LCSP dispone 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 (1874). Por lo tanto, dicha incautación ha de hacerse por la totalidad de su importe, siendo esta una cantidad que se deducirá del importe de la indemnización de los daños y perjuicios que deban ser abonados.

Respecto de los daños y perjuicios, el artículo 113 del RGTRLCAP dispone que, en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de estos se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración (1875).

Del artículo 213.3 de la LCSP y del artículo 113 del RGTRLCAP.

Resulta claro que ni la LCSP ni el RGTRLCAP regulan de forma específica el plazo de caducidad de este procedimiento de liquidación de los contratos resueltos por incumplimiento culpable del contratista, motivo por el cual se hace necesario comprobar si el ordenamiento jurídico prevé alguna forma del completar esa ausencia de regulación.

A tal efecto la disposición final cuarta.1 de la LCSP, sobre «Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados»,

– Por aplicación de las reglas de la carga de la prueba, incumbe al contratista probar y justificar debidamente lo anterior.

(1873) Informe JCCPE número 6/2019.

(1874) Dictamen del Consejo de Estado número 702/2020, de 17 de diciembre, en el que en sede de resolución contractual al amparo del artículo 211, señala los pasos a seguir, de acuerdo con lo dispuesto en su Dictamen número 1226/2013, de 23 de enero de 2014:

1. Acordada la resolución, se han de recibir y liquidar aquellas unidades de obra realizadas de acuerdo con el proyecto interpretado técnicamente por la dirección facultativa y que sean de recibo, para preparar así la liquidación del contrato (artículo 172 del RGTRLCAP).

2. Acreditado el incumplimiento culpable del contratista, está obligado este a sufrir la incautación de la garantía y a indemnizar los daños y perjuicios causados en lo que exceda del importe de la garantía incautada (artículo 213 de la LCSP). Por lo tanto, la incautación de la garantía ha de hacerse por la totalidad de su importe, siendo esta una cantidad que se deducirá del importe de la indemnización de los daños y perjuicios que deban ser abonados.

(1875) Cuestión distinta es que, a la vista del caso concreto, pudiera no ser posible o conveniente fijarlos en la propia resolución del contrato, sobre todo porque resulta preceptiva la intervención de la dirección facultativa (cláusula 66 del pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre).



dispone que los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la LPACAP, y en sus normas complementarias.

Por tanto, debe admitirse, en principio, la aplicación supletoria de dicha Ley en materia de Contratación Pública que, cuando regula los efectos de la inactividad en los procedimientos iniciados de oficio, lo hace con vocación de generalidad anudando la consecuencia lógica de aplicar la institución de la caducidad (1876). Ahora bien, para ello, es necesario determinar si, un procedimiento de liquidación por resolución a consecuencia de un incumplimiento culpable del contratista, se encuentra incluido en el ámbito de aplicación objetivo del artículo 25.1.b) de la LPACAP que dispone que, en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad por el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa.

Respecto a esta cuestión, a juicio de los autores de esta obra, debe deducirse que las consecuencias que se derivan de la liquidación en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, incautación de la garantía definitiva e indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, es evidente que sí producen efectos favorables para el contratista en los términos previstos en el citado artículo 25.1.b) de la LPACAP (1877).

Sentado lo anterior, el plazo máximo para dictar la resolución de liquidación y notificarla al contratista, ante la ausencia de concreción en la LCSP y en el RGTRLCAP, será de 3 meses a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3.a) de la LPACAP.

Por lo que se refiere a la posible prescripción del derecho a la incautación de la garantía, resulta aplicable el plazo previsto en el artículo 15.1.b) de la LGP (1878) que dispone que, salvo lo establecido por las leyes reguladoras de los distintos recursos, prescribirá a los 4 años el derecho de la Hacienda Pública estatal al cobro de los créditos reconocidos o liquidados, a contar desde la fecha de su notificación (en este caso, desde la notificación de la resolución contractual al contratista, momento a partir del cual empieza a correr el plazo

(1876) STS de 13 de marzo de 2008.

(1877) STS de 14 de marzo de 2022.

(1878) Informe JCCPE número 23/2016, de 10 de diciembre de 2018.

de prescripción del derecho al cobro)(1879) o, si esta no fuera preceptiva, desde su vencimiento.

Dicha conclusión se fundamenta en las siguientes consideraciones:

- En que no se trata de una acción personal a las que resultaría de aplicación lo previsto en el artículo 1964.2 del Código Civil.
- En que no resulta aplicable lo previsto para el contrato de seguro, ya que el afianzamiento se concreta únicamente en lo que prevé la legislación sobre contratación administrativa(1880).

3. 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.

El artículo 211.1 de la LCSP dispone que son causas de resolución del contrato:

- La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista(1881), sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 de la LCSP relativo a la sucesión del contratista. En relación con ello, resulta preciso recordar que el artículo 72.1,d), inciso ii) de la Directiva 2014/24/UE dispone que los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva(1882), cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador economi-

(1879) Puede ocurrir que transcurra un dilatado periodo de tiempo entre la fecha de las resoluciones que decretan la ejecución de las fianzas y la del requerimiento de pago al avalista. Durante este periodo de tiempo ha estado corriendo el plazo para la prescripción del derecho al reconocimiento del derecho de la Hacienda Pública, siendo indiferente a estos efectos que el contrato de fianza contuviese una cláusula según la cual el aval continuaría vigente hasta que la entidad contratante autorizase su cancelación, siendo de aplicación las normas del Código Civil sobre la irrenunciabilidad del derecho a prescribir en lo sucesivo y sobre la proscripción de la renuncia de derecho contraria al orden público y a la seguridad jurídica.

(1880) STS de 5 febrero de 2001.

(1881) Informe de la de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya número 7/2012, de 7 de junio.

(1882) STJUE de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, cuyo principio fue codificado en el artículo 72, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE, y STJUE de 7 de septiembre de 2016, *Finn Frogne*.

co que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la mencionada Directiva.

El artículo 212.3 de la LCSP dispone que, 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.

El artículo 110.1 del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra se mantiene vigente, dispone que el acuerdo de continuación del contrato será adoptado por el órgano de contratación a petición de los herederos o del representante del incapaz en las mismas condiciones pactadas con el contratista fallecido o incapacitado.

El artículo 110.2 del RGTRLCAP que, así mismo a juicio de los autores de esta obra se mantiene vigente, establece que, en los casos de muerte e incapacidad sobrevenida del contratista, el acuerdo del órgano de contratación de no continuación del contrato no dará derecho alguno a indemnización por el resto del contrato dejado de ejecutar.

- La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento (1883).

En relación con esta causa, es preciso recordar que lo ya señalado respecto a la modificación del contrato con sucesión del contratista, a tenor de lo previsto en el artículo 72.1,d), inciso ii), de la Directiva 2014/24/UE, cuando se produzca una «reestructuración empresarial», siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la mencionada Directiva, pues dentro del término «reestructuración» cabe incluir, no solamente los casos de absorción, fusión, adquisición, sino también de insolvencia en los que se produzca la sustitución por otro operador económico, siempre que, como señala el citado precepto, cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente y que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la citada Directiva (1884).

(1883) Dictamen del Consejo de Estado número 1368/1992, de 26 de noviembre. Sobre la aplicación de normas especiales, por ejemplo, las que regulan los contratos de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje (Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, con aplicación supletoria de las normas de Contratos del Sector Público), véanse la SSTS de 29 de mayo y 10 de junio de 2020 en las que se analiza la causa de resolución por declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento, y sus efectos en relación con la incautación de las fianzas de construcción y explotación.

(1884) STJUE de 3 de febrero de 2022.



- El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista (1885).

En este caso el artículo 213.1 de la LCSP dispone que los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas. El artículo 212.4 de la LCSP establece que la resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra 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 contratos 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.

- La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. 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, a juicio de los autores de esta obra, es preciso que la Administración hubiese descartado la posibilidad de mantenerse solamente en la esfera de la sucesiva imposición de penalidades, a tenor del artículo 193.3 y 4 de la LCSP, y hubiese decidido instar la resolución del contrato, 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 con 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 (1886), 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.

- La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior a 6 meses (artículo 198.6 de la LCSP), o el inferior que se hubiese fijado por alguna Comunidad Autónoma a tenor de lo previsto en el artículo 198.8 de la LCSP.

(1885) Entre otros, Dictámenes del Consejo de Estado números 54371/1990, de 25 de enero, y 1368/1992, de 26 de noviembre.

(1886) 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.



- El incumplimiento de la obligación principal (1887) o de las restantes obligaciones esenciales del contrato (1888), siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los PCAPS o en el correspondiente documento descriptivo (1889) y que concurrieran estos dos requisitos:
 - Que las mismas respeten los límites que el artículo 34.1 establece para la libertad de pactos, y
 - Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los PCAPS o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general (1890).

Respecto del incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales del contrato, no hay mayor causa que la que consiste en no ejecutar el objeto del contrato (1891) pues es una obligación que solo puede calificarse de esencial (1892).

(1887) Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León número 1541/2011, de 22 de diciembre, en base a una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTs de 10 de marzo de 1999, y de 14 de diciembre de 2001).

(1888) Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón número 20/2011, de 12 de septiembre.

(1889) Dictamen del Consejo de Estado número 843/2009 (Interior), de 9 de julio.

(1890) Resolución del TACRC número 282/2020, de 27 de febrero, en la que analiza si es ajustada a la LCSP la introducción en los pliegos de una causa de resolución del contrato, no contemplada en los artículos 211 (causas generales) y 306 (contrato de suministro), consistente en que «Por razones de interés público podrá procederse a la resolución de los contratos correspondientes a un determinado lote, cuando haya cambios en el mercado, particularmente cuando se comercialicen nuevos medicamentos genéricos o biosimilares», y que, en los pliegos, aparece ligada a la iniciación de un procedimiento de resolución por desistimiento incluido en el propio artículo 306.b) de la LCSP, en aras de favorecer el interés público y el ahorro económico de la Administración.

(1891) Dictamen del Consejo de Estado número 519/2020, de 29 de octubre, en el que aporta su doctrina en relación con el artículo 223.f) del TRLCSP, actual artículo 211.1.f) de la LCSP, respecto a que, aun cuando la conducta que se imputa a una contratista no aparezca calificada ni en el pliego ni en el contrato como esencial, sin embargo, cabe sostener que la conducta reviste ese carácter cuando lo que se incumple es el objeto mismo del contrato, en este caso, el contratista prestó el servicio sin dedicar el medio material –la aeronave– que le permitió resultar adjudicataria (Dictámenes números 602/2013, de 26 de junio, y 352/2015, de 29 de abril).

(1892) Se podría tratar de un supuesto en el que se insta la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, al amparo del artículo 211.1.f) de la LCSP, en el caso de un lote de un contrato de suministro de embutidos y charcutería en el que se habían constatado, entre otros, 8 incumplimientos que suponen 8 faltas muy graves, ya que el contratista no sirvió los productos acordados. Frente a ello, este alegó que suministra productos a más de 40 centros penitenciarios, con 10 expedientes de contratación, y que ha sufrido un problema en una máquina de la cadena de embutidos que ha provocado problemas de *stock*. Estima que esta avería supone una causa de fuerza mayor, que ha solucionado comprando nuevas máquinas y entiende

Por ello, el abandono de las obras por parte de la contratista constituye un incumplimiento que justifica la resolución contractual por incumplimiento (1893). Cuando el incumplimiento sea calificado de culpable respecto de la contratista, por ejemplo, porque asumió obligaciones que luego no pudo cumplir y porque las dificultades financieras son de orden interno de la compañía adjudicataria, para fijar las consecuencias que de ello se derivan ha de acudirse al artículo 213.3 de la LCSP que dispone 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 (1894).

Como ya se ha señalado, en la LCSP ya no existe la posibilidad, que se recogía en el TRLCSP (artículo 223 h) en relación con el artículo 112 del RGTRLCAP (1895)), en relación con la posibilidad de incluir causas de resolución en el propio contrato teniendo las consecuencias que en este se establezcan y, en su defecto, las previstas en las normas de la Ley y del RGTRLCAP (1896). Ahora, como ya se ha señalado y al amparo del artículo 211.1.f) de la LCSP, se pueden establecer determinadas obligacio-

que ha demostrado buena fe en la ejecución, de manera que procede archivar el expediente de resolución del contrato incoado. Por ello, se suspendió el contrato con la misma fecha en la que se confeccionó la propuesta de resolución. La contratista se opuso a la mencionada propuesta.

En Dictámenes del Consejo de Estado números 689/2019, de 3 de octubre, y 941/2019, de 28 de noviembre, declaró procedente el incumplimiento culpable, porque no ha negado que buena parte de los productos solicitados nunca se entregaron y tampoco se desprende del expediente que hiciera las gestiones precisas para adquirirlos en otra empresa o sustituirlos en breve espacio de tiempo, con incautación de la garantía definitiva e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada (artículo 213 de la LCSP), a cuyo efecto deberá iniciarse un nuevo procedimiento que tenga por objeto cuantificar tales daños y perjuicios por el órgano de contratación, previa audiencia de la mercantil interesada.

(1893) Así, en el Dictamen del Consejo de Estado de 1 de febrero de 1973 (número 38.433) se señalaba que la paralización generalizada de las obras era causa de resolución «con pérdida de la fianza constituida y sin perjuicio de las demás responsabilidades que puedan resultar de perjuicios irrogados a la Administración por el incumplimiento de la empresa contratista». Múltiples dictámenes más recientes se pronuncian en idéntico sentido en relación con la causa de resolución, como, por ejemplo, el de 8 de noviembre de 2018 (número 856/2018).

(1894) Informe de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de 11 de julio de 2019, en relación con la resolución de un contrato de obras (A la Este de la Residencia de Oficiales y Suboficiales de la Armada en Las Palmas de Gran Canaria).

(1895) Informe JCCPE número 12/2021, que ya no considera en vigor el artículo 112 del RGTRLCAP.

(1896) Informe JCCPE número 12/2021 en el que se señala que, toda vez que no es ya posible establecer causas genéricas de resolución contractual en los pliegos porque la LCSP a diferencia de lo que hacía el TRLCSP ya no lo permite, el incumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por parte de los contratistas no puede ser causa de resolución del contrato público, sino un supuesto de prohibición de contratar para ulteriores contratos.



nes esenciales del contrato en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, como causa de resolución del contrato de tipo específico, anudando su incumplimiento a la resolución del contrato pero siempre que ello no fuera contrario al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración y que se consignen de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general (1897).

- 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, o, cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones 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, IVA excluido.
- Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la LCSP (que se van a analizar en el siguiente epígrafe de esta obra bajo el título de «Causas específicas»).
- El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en el mismo, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.

Para la aplicación de las «causas generales» de resolución que se acaban de enumerar, la LCSP establece las siguientes reglas:

- El artículo 211.2 de la LCSP dispone que, 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 (1898).

(1897) Por ejemplo, del tipo «Pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración».

(1898) SSTS de 9 de enero, y de 26 de marzo de 2012. 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 esta 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



- Como ya se ha señalado, el artículo 212.4 de la LCSP establece que 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, aunque los órganos de contratación, por las dificultades que ocasiona instarla, suelen ser proclives a aplicarla en detrimento de lo que señala la LCSP y en perjuicio de la propia Administración Pública, al obviar la vía de indemnización por los daños y perjuicios causados por el contratista.
- El artículo 212.2 de la LCSP dispone que solamente darán lugar a la resolución del contrato las motivadas por la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento, y por la imposibilidad de modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 de la LCSP, siendo potestativas para la Administración y para el contratista las restantes 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, y, a tenor del 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.

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 prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución. del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

La declaración de concurso como causa de resolución responde a la tutela del interés público que satisface el contrato, cuando el contratista pierde el presupuesto de solvencia, aunque ello pudiera no impedir que pudiese continuar ejecutándolo, a juicio de la Administración, previa garantía. Sin embargo, es

ingeniero director la resolución contractual por esta 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 hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Es paradigmático de esta doctrina el Dictamen 47892, 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».



preciso señalar que el legislador ha abordado dicha cuestión de dos modos distintos: Por un lado, en el artículo 112.7 del TRLCAP (postura que se mantuvo en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) preveía como causa de resolución la declaración de concurso pero distinguía si se había procedido a abrir la fase de liquidación, en cuyo caso la resolución era imperativa, o si no había sido así, en cuyo caso la Administración podía decidir su continuación pero previa constitución de garantía (1899); por otro lado, el artículo 212.5 de la LCSP prevé que la declaración de concurso como causa de resolución será siempre de apreciación potestativa, sin referencia a la fase de liquidación, por lo que la Administración puede optar por la continuación del contrato, si lo aconsejan razones de interés público y previa prestación por el contratista de garantías adicionales.

Por lo tanto, la situación concursal del contratista ha de enfocarse, a la vista de constituir una posible causa de resolución contractual, en el sentido de que, si tal causa concurre con otra anterior en el tiempo que ocasiona un incumplimiento culpable del contratista, deberá apreciarse esta última a tenor de lo previsto en el artículo 211.2 de la LCSP que dispone que, 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 (1900).

En todo caso se entenderá que son garantías suficientes, una garantía complementaria de al menos un 5 por ciento del precio del contrato, IVA excluido (1901), que deberá prestarse en cualquiera de las formas contempladas en el artículo 108 de la LCSP, o el depósito de una cantidad en concepto de fianza, que se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 108.1.a) de la LCSP, y que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista.

- El artículo 213.4 de la LCSP establece que cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en el artículo 211.1.g) (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por

(1899) Lo señalado, en el TRLCAP tenía su lógica cuando concurría solo esa causa de resolución y de haberse abierto la fase de liquidación, pero carecía de sentido si hubiera concurrido con una situación anterior de incumplimiento esencial y persistente del contrato.

(1900) STS de 8 de marzo de 2022.

(1901) 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.

ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido), el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205.

- El artículo 213.5 de la LCSP dispone que, en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.
- El artículo 213.6 de la LCSP establece que 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 (artículo 211.1 b) de la LCSP), por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (artículo 211.1 d) de la LCSP), 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 (artículo 211.1 f) de la LCSP), o por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados (artículo 211.1 g) de la LCSP), podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este 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 indispensables 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 este 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.

Cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero.

4. Causas específicas

Como ya se ha señalado con anterioridad, en la LCSP ya no existe la posibilidad de incluir causas de resolución en el propio contrato teniendo las consecuencias que en este se establezcan y, en su defecto, las previstas en las normas de la Ley y del RGTRLCAP, porque apuesta por un modelo *numerus clausus* de causas de resolución contractual,



articulado sobre la base de «causas generales», ya analizadas, y de «causas específicas» para cada tipo de contrato. Efectivamente, como se ha indicado ya, el artículo 211.1.h) de la LCSP dispone que serán causas de resolución contractual «Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley».

En dicho sentido, en la LCSP se recogen las siguientes «causas específicas»:

– Contrato de obras:

El artículo 245 de la LCSP dispone que son causas de resolución, además de las generales contempladas en el artículo 211.1 de la LCSP (1902), las siguientes:

- La demora injustificada en la comprobación del replanteo.
- La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a 4 meses.
- La suspensión de las obras (1903) por plazo superior a 8 meses por parte de la Administración.
- El desistimiento (1904).

El artículo 246.1 de la LCSP establece que la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al

(1902) En este artículo y en el artículo 306, que se refiere a las causas de resolución del contrato de suministro, no se cita como, sin embargo, sí se hace en los artículos 279, para el contrato de concesión de obras, y 294, para el contrato de concesión de servicios, el artículo 211 de la LCSP en el que se recogen las causas generales de resolución de los contratos.

(1903) 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, aun con retraso en las fechas de ejecución.

(1904) A juicio de los autores de esta obra, esta previsión extralimita la regulación que efectúa la LCSP sobre el desistimiento. El artículo 152.2 dispone que «La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará 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». El artículo 152.4 establece 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, 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 con los contratos de suministro y de servicios que, en los artículos 306.a) y 313.1.a) de la LCSP, establecen igual previsión.



proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de este, 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 este 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 246.2 de la LCSP dispone que, si se demorase injustificadamente la comprobación del replanteo, dando lugar a la resolución del contrato, el contratista solo tendrá derecho por todos los conceptos a una indemnización equivalente al 2 por ciento del precio de la adjudicación (1905), IVA excluido.

El artículo 246.3 de la LCSP establece que, en el supuesto de desistimiento antes de la iniciación de las obras, o de suspensión de la iniciación de las mismas por parte de la Administración por plazo superior a 4 meses, el contratista tendrá derecho a percibir por todos los conceptos una indemnización del 3 por ciento del precio de adjudicación (1906), IVA excluido.

El artículo 246.4 de la LCSP dispone que, en caso de desistimiento una vez iniciada la ejecución de las obras, o de suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a 8 meses, el contratista tendrá derecho por todos los conceptos al 6 por ciento del precio de adjudicación (1907) del contrato de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose 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.

En relación con las mencionadas indemnizaciones, es preciso puntualizar que se trata de un «sistema de mínimos» pues si el contratista puede probar que ha

(1905) 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.

(1906) 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.

(1907) 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.

padecido daños adicionales, en principio, nada impediría que pudiera reclamarlos (1908).

Respecto al tratamiento fiscal de las citadas indemnizaciones (1909), es preciso señalar lo siguiente:

- Para determinar si una indemnización queda incluida en la base imponible del IVA, es preciso analizar en cada caso si el motivo último de la misma tiene por objeto resarcir los daños y perjuicios causados por la pérdida de bienes o derechos propios, o si la finalidad perseguida es retribuir operaciones realizadas, ya que en este supuesto se trataría de un acto de consumo siendo el abono de la indemnización una contraprestación por una operación individualizable (1910).

Es decir, habrá que analizar si el importe recibido por el contratista se corresponde con un acto de consumo, esto es, con la entrega de un bien o la prestación de un servicio autónomo e individualizable o, por el contrario, con una indemnización que tiene por objeto la reparación de ciertos daños o perjuicios.

- Las cantidades percibidas de la Administración Pública por las empresas constructoras y concesionarias de infraestructuras, cuando en el transcurso de la ejecución de las obras contratadas se produce la suspensión temporal de las mismas por causa no imputable al empresario, constituye una indemnización por los daños y perjuicios que la suspensión le hubiera causado, no sujeta al IVA (1911), porque no puede apreciarse que exista un acto de consumo, indemnizable por una operación individualizable, ni una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas por el hecho de abonar el importe de las penalizaciones estipuladas en los artículos de la LCSP no constituyendo, por ello, el importe recibido por el contratista una contraprestación por una prestación efectiva realizada por este (1912).
- En consecuencia, no existe obligación de emitir factura por parte del contratista toda vez que el artículo 2.1, primer párrafo, del Real Decreto 1619/2012,

(1908) 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.

(1909) Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 27 de mayo de 2020, sobre la sujeción al IVA de las cantidades satisfechas a los contratistas en estos casos de resolución contractual, sobre la doctrina reflejada en las SSTJUE de 29 de febrero de 1996, y de 18 de diciembre de 1997.

(1910) En sentido análogo, SSTS de 28 de noviembre de 2008, de 2 de noviembre de 2009, y de 7 de julio de 2010.

(1911) Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 4 de mayo de 2016, número V1929-16.

(1912) SSTJUE, entre otras, de 3 de marzo de 1994, Asunto C-16/93, *Tolsma*.

de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, establece la obligación de expedir factura por las entregas de bienes y prestaciones de servicios que los empresarios o profesionales realicen en el desarrollo de su actividad, incluidas las no sujetas y las sujetas pero exentas del IVA, sin más excepciones que las establecidas en el propio Reglamento (1913).

El artículo 246.5 de la LCSP 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. Este precepto, representa, sin duda, un supuesto excepcional por las siguientes razones:

- Porque contempla la existencia de un contrato de obra, que se ha debido resolver antes de su finalización pero que, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación podrá acordar de forma urgente que las obras sean continuadas por otro empresario o por la propia Administración desde el momento en que haya notificado al contratista la liquidación de las obras ejecutadas, no existiendo ninguna duda, a juicio de los autores de esta obra, sobre que la ejecución de tales prestaciones ha de realizarse de acuerdo con el proyecto de obras que se aprobó en su día.
- Porque supone una excepción a lo señalado tanto en el artículo 29.7, párrafo primero, como en el artículo 313.1.c) de la LCSP. El primero dispone que los contratos de servicios que sean complementarios de otros contratos de obras o de suministro podrán tener un plazo de vigencia superior, en general, 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. El segundo, establece que los contratos de servicios complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal. Frente a ellos, en esta situación excepcional, por tanto, los contratos complementarios de redacción de proyecto y dirección de obras no pueden extinguirse de forma automática porque se trata de dar continuidad a la ejecución de la obra inicial, ya que en ningún momento se habla de modificar-

(1913) Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos números V1820-07 y V1821-07, ambas de 6 de septiembre de 2007.

la o de limitar las obras a la mera conservación de lo ya construido, y porque las circunstancias mencionadas en el artículo 246.5 justifican que, por parte del órgano de contratación, se adopte un acuerdo urgente que permita resolver de forma inmediata la situación de peligro de ruina o de falta de seguridad mediante la continuación de las obras(1914).

– Contrato de concesión de obras:

El artículo 279 de la LCSP dispone que son causas de resolución del contrato, además de las señaladas en el artículo 211.1 (1915) de la LCSP con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), 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 (6 meses) o el inferior que se hubiese fijado por las Comunidades Autónomas al amparo del artículo 198.8 de la LCSP, las siguientes:

- 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.
- La 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.

En relación con esta causa de resolución, se han planteado dos cuestiones: Si para su concurrencia es preciso, por un lado, que se produzca la falta de puesta a disposición de los terrenos, de forma legal y pacífica, no solamente para la ejecución de la obra sino también durante la explotación de la misma (por ejemplo, porque la Administración Pública no emitió la correspondiente licencia de apertura al estar instalado el aparcamiento sobre bienes de dominio público) y, por otro, si es suficiente con que se produzca la desposesión de uno de los terrenos por un tercero ajeno a la concesión. A la vista de ello, es preciso indicar que ha de analizarse dicha problemática caso por caso, advirtiendo si la falta de disposición de los terrenos ocasionaría o no la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión de obras en su conjunto, más allá de quedarse simplemente en advertir que existe un acto de un tercero ajeno al contratante (1916).

(1914) Informe JCCPE número 23/2019.

(1915) El artículo 279, párrafo primero, de la LCSP se olvida de hacer la referencia al apartado 1 del artículo 211.

(1916) STS de 27 de enero de 2021.

- El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración, siempre que quede acreditado que este tipo de gestión es más eficaz y eficiente que la concesional.
- La supresión de la explotación de las obras por razones de interés público.
- La imposibilidad de la explotación de las obras como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.
- El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el artículo 263.3 de la LCSP (3 años), sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

El artículo 280.1 de la LCSP dispone que, en los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, esta abonará en todo caso al concesionario el 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 la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de 3 meses, salvo que se estableciera otro en el PCAPS.

En los casos en que la resolución se produzca por causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por cualquiera de las causas posibles será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 281 de la LCSP sobre «Nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración».

En todo caso, se entenderá que la resolución de la concesión no es imputable a la Administración cuando obedezca a alguna de las causas previstas en el artículo 211.1 (1917) a), b) y f), así como en el artículo 279.a) y f), 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 secues-

(1917) El artículo 280.1 se olvida de hacer la referencia al apartado 1 del artículo 211.



tro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido en el artículo 263.3 de la LCSP.

El artículo 280.2 de la LCSP dispone que 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 (1918).

El artículo 280.3 de la LCSP establece que, en los supuestos del artículo 279 b), c), d) y e), y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 280.1, la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen (1919). Para determinar la cuantía de la indemnización se tendrán en cuenta:

- 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.
- La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, considerando su grado de amortización.

El artículo 280.4 de la LCSP dispone que el órgano de contratación podrá acordar también, como consecuencia de la resolución de la concesión, la resolución de los contratos otorgados de explotación comercial, abonando la indemnización que en su caso correspondiera. Esta indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a este. Cuando no se acuerde la resolución de los citados 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.

(1918) Se repite en este 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.

(1919) Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 27 de mayo de 2020, sobre la sujeción al IVA de las cantidades satisfechas a los contratistas en estos casos de resolución contractual, sobre la doctrina reflejada en las SSTJUE de 29 de febrero de 1996, y de 18 de diciembre de 1997.

El artículo 280.5 de la LCSP dispone 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, esta 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 artículo 280.1.

El artículo 280.6 de la LCSP dispone que, en el supuesto del artículo 279.b) (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), el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora (1920) 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, 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.

– Contrato de concesión de servicios:

El artículo 294 de la LCSP dispone que son causas de resolución, además de las señaladas en el artículo 211.1 (1921), con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), 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 (6 meses) o el inferior que se hubiese fijado por las Comunidades Autónomas al amparo del artículo 198.8 de la LCSP, las siguientes (1922):

- 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.

(1920) Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento.

(1921) El artículo 294 se olvida de hacer la referencia al apartado 1 del artículo 211.

(1922) Las causas específicas de este contrato de concesión de servicios guardan equivalencia con las previstas en el artículo 279 de la LCSP para el contrato de concesión de obras.



las inversiones realizadas, a juicio de los autores de esta obra, no cabe entender incluido el beneficio industrial de la empresa constructora que resultara afectada por la resolución de la concesión de obras ya que, si el Legislador hubiera querido incluirlo, lo habría mencionado expresamente, como hace en sede de resolución de los contratos de suministro y de servicios, respectivamente, en los artículos 307.3 y 313.3 de la LCSP (1927).

Cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario, por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración, será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 281 de la LCSP sobre «Nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración».

En todo caso, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando esta obedezca a alguna de las causas establecidas en las letras a), b) y f) del artículo 211.1 (1928), así como a las causas establecidas en las letras a) y f) del artículo 294 de la LCSP, 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.

El artículo 295.2 de la LCSP establece que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 213, 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.

El artículo 295.3 de la LCSP dispone que en el supuesto de la letra b) del artículo 294 (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), el contratista tendrá derecho al abono del interés

salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares»), en este contrato no se hace así. 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 las mismas que para el contrato de concesión de obras.

(1927) STS de 8 de junio de 2021.

(1928) El artículo 295.1, párrafo tercero, se olvida de hacer la referencia al apartado 1 del artículo 211.



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 (1929), de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, 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.

El artículo 295.4 de la LCSP dispone que en los supuestos del artículo 294.b), c), d) y e), y en general en los casos en que la resolución del contrato se produjera por causas imputables a la Administración, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 295.1, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen (1930), incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, cuantificados conforme a lo establecido en el artículo 280.3.a) y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización.

– Contrato de suministro:

El artículo 306 de la LCSP dispone que son causas de resolución, además de las generales recogidas en el artículo 211 (1931), las siguientes basadas en la figura del desistimiento (1932):

(1929) Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento.

(1930) Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 27 de mayo de 2020, sobre la sujeción al IVA de las cantidades satisfechas a los contratistas en estos casos de resolución contractual, sobre la doctrina reflejada en las SSTJUE de 29 de febrero de 1996, y de 18 de diciembre de 1997.

(1931) En este artículo y en los artículos 245, que se refiere a las causas de resolución del contrato de obras, y 313, en el que se recogen las causas de resolución de los contratos de servicios, no se cita como, sin embargo, sí se hace en los artículos 279, para el contrato de concesión de obras, y 294, para el contrato de concesión de servicios, el artículo 211 de la LCSP en el que se recogen las causas generales de resolución de los contratos.

(1932) A juicio de los autores de esta obra, esta previsión extralimita la regulación que efectúa la LCSP sobre el desistimiento. El artículo 152.2 dispone que «La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará 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». El artículo 152.4 establece que «El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no



- El desistimiento, antes de la iniciación del suministro, o la suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Administración por plazo superior a 4 meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que en el pliego se señale otro menor.
- 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.

El artículo 307.1 de la LCSP establece 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 esta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad.

El artículo 307.2 de la LCSP dispone que, en los supuestos establecidos en el artículo 306.a) (desistimiento, antes de la iniciación del suministro, o la suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Administración por plazo superior a 4 meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que en el pliego se señale otro menor), solo tendrá derecho el contratista a percibir, por todos los conceptos, una indemnización del 3 por ciento del precio de la adjudicación del contrato (1933), IVA excluido (1934).

El artículo 307.3 de la LCSP dispone que, en los supuestos contemplados en el artículo 306.b) (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), el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 6 por ciento del precio

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» (la cursiva es de los autores de esta obra).

Igual puntualización cabe efectuar en relación con los contratos de obras y de servicios que, en los artículos 245 y 313.1.a) de la LCSP, establecen igual previsión.

(1933) El artículo 307.2 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».

(1934) Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos de 27 de mayo de 2020, sobre la sujeción al IVA de las cantidades satisfechas a los contratistas en estos casos de resolución contractual, sobre la doctrina reflejada en las SSTJUE de 29 de febrero de 1996, y de 18 de diciembre de 1997.



de adjudicación del contrato (1935) de los suministros dejados de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose 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.

– Contrato de servicios:

El artículo 313.1.a) y b) de la LCSP dispone que son causas de resolución, además de las generales recogidas en el artículo 211 (1936), las siguientes basadas en la figura del desistimiento (1937):

- 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 a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.
- 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.

(1935) El artículo 307.3 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».

(1936) En este artículo y en los artículos 245, que se refiere a las causas de resolución del contrato de obras, y 306, en el que se recogen las causas de resolución de los contratos de suministros, no se cita como, sin embargo, sí se hace en los artículos 279, para el contrato de concesión de obras, y 294, para el contrato de concesión de servicios, el artículo 211 de la LCSP en el que se recogen las causas generales de resolución de los contratos.

(1937) A juicio de los autores de esta obra, esta previsión extralimita la regulación que efectúa la LCSP sobre el desistimiento. El artículo 152.2 dispone que «La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará 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». El artículo 152.4 establece 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, 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 con los contratos de obras y de suministros que, en los artículos 245 y 306.a) de la LCSP, establecen igual previsión.



El citado artículo 313.1.c) de la LCSP, cuando dispone que «Los contratos complementarios quedarán resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal». Sin embargo, esta redacción, a juicio de los autores de esta obra, debería completarse 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 suministros podrán tener un plazo de vigencia superior a 5 años (artículo 29.4 de la LCSP) 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.

No obstante, esta causa de resolución posee una excepción en lo señalado en el artículo 246.5 de la LCSP que contempla la existencia de un contrato de obra, que se ha debido resolver antes de su finalización pero que, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación podrá acordar de forma urgente que las obras sean continuadas por otro empresario o por la propia Administración desde el momento en que haya notificado al contratista la liquidación de las obras ejecutadas, no existiendo ninguna duda sobre que la ejecución de tales prestaciones ha de realizarse de acuerdo con el proyecto de obras que se aprobó en su día. En esta situación excepcional, por tanto, los contratos complementarios de redacción de proyecto y dirección de obras no pueden extinguirse de forma automática porque se trata de dar continuidad a la ejecución de la obra inicial, ya que en ningún momento se habla de modificarla o de limitar las obras a la mera conservación de lo ya construido, y porque las circunstancias mencionadas en el artículo 246.5 justifican que, por parte del órgano de contratación, se adopte un acuerdo urgente que permita resolver de forma inmediata la situación de peligro de ruina o de falta de seguridad mediante la continuación de las obras (1938).

El artículo 313.2 de la LCSP establece 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 (1939).

(1938) Informe JCCPE número 23/2019.

(1939) Dictamen del Consejo de Estado número 1363/2008 (Comunidad Autónoma de Cantabria), de 11 de septiembre, sobre «Resolución del contrato 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 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.



El artículo 313.3 de la LCSP dispone que, en los supuestos de resolución por desistimiento, previstos en el artículo 313.1.a) (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 a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor) y c) (contratos complementarios), el contratista solo tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, una indemnización del 3 por ciento del precio de adjudicación del contrato (1940), IVA excluido (1941).

En los supuestos de resolución contemplados en el artículo 313.1.b) (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), el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato (1942) de los servicios dejados de prestar en concepto de

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 asì lo dispone el artìculo 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 producirìa 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 òrgano 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 (artìculo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre)».

(1940) El artìculo 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 artìculo 212 de la LCSP y en el Informe JCCA nùmero 43/2008, de 28 de julio, serìa referirlo al «precio del contrato».

(1941) Consulta vinculante de la Direcci3n General de Tributos de 27 de mayo de 2020, sobre la sujeci3n al IVA de las cantidades satisfechas a los contratistas en estos casos de resoluci3n contractual, sobre la doctrina reflejada en las SSTJUE de 29 de febrero de 1996, y de 18 de diciembre de 1997.

(1942) El artìculo 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 artìculo 212 de la LCSP

beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose 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

A. Introducción

El artículo 198.1 de la LCSP dispone que el contratista tendrá derecho al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en la LCSP y en el contrato (1943), constituyendo la obligación principal de la Administración.

En el supuesto de los contratos basados en un acuerdo marco y de los contratos específicos derivados de un sistema dinámico de contratación, el pago del precio se podrá hacer por el peticionario.

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 (1944), han de haber quedado específicamente concretadas en el documento contractual. Tal extremo resulta una exigencia prevista en los artículos 35.1.f) de la LCSP («El precio cierto, o el modo de determinarlo») y se deriva del 67 del RGTRLCAP que, a juicio de los autores de esta obra, se encuentra vigente en cuanto no se opone al contenido de dicha Ley.

y en el Informe JCCA número 43/2008, de 28 de julio, sería referirlo al «precio del contrato».

(1943) En relación con la necesidad de que los términos en los que se va a efectuar el pago del precio se encuentren recogidos en los PCAPS 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 que 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.

(1944) Respecto al contrato de suministro, por ejemplo, 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 estos pueda superar el 50 por ciento del precio total.



B. Modificaciones no sustanciales

De acuerdo con lo señalado, el pago del precio constituye la obligación principal de la Administración, aunque conviene realizar las siguientes matizaciones:

- En el contrato de suministro en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, el artículo 301.2 de la LCSP dispone que se podrá incrementar el número de unidades hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido (1945), como una modificación no sustancial del contrato (artículo 205.2 c) 3.º de la LCSP), sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el PCAPS y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.

La referencia al citado artículo 205.2.c).3.º supone que, al tratarse de una alteración inferior al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, no representa una modificación que amplíe de forma importante el ámbito del contrato, y, por ello, puede realizarse sin necesidad de tramitar el correspondiente expediente administrativo. La duda surge cuando, a pesar de no igualar o superar el citado porcentaje, el contrato de suministro hubiese pasado a ser igual o superior al umbral del contrato SARA previsto en el artículo 21 de la LCSP. En este caso, a juicio de los autores de esta obra y a tenor del inciso final del citado artículo 205.2.c).3.º i, debería considerarse como una alteración sustancial del contrato y, en consecuencia, proceder a tramitar el correspondiente expediente de modificación contractual.

- En los contratos de servicios en los que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, el artículo 309.1, párrafo segundo, de la LCSP dispone que no tendrán la consideración de modificaciones (1946), siempre que así se haya establecido en el PCAPS, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido (1947).

(1945) 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.

(1946) Informe JCCA número 27/2012, de 14 de diciembre: Los incrementos de unidades contratadas regulados en el artículo 309.1 de la LCSP no constituye, en puridad, supuesto de modificación contractual en un sentido técnico-jurídico. Prueba de ello es que dicho precepto reconoce dicha circunstancia.

(1947) Aunque el artículo 309.1, párrafo segundo, 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.

En este caso, aunque el artículo 309.1 no hace referencia al artículo 205.2.c).3.º de la LCSP, a juicio de los autores de esta obra, cabe realizar la misma consideración efectuada respecto al artículo 301.2.

En ambos casos, recogidos en los citados artículos 301.2 y 309.1, párrafo segundo, de preverse en los PCAPS la adjudicación del objeto del contrato por lotes el mencionado límite del 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, se aplicará en relación con cada uno de los contratos que se corresponden con cada lote (1948).

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.

C. Modalidades de pago

a) Planteamiento general

La diferente modalidad de pago elegida debe ser tenida en cuenta a la hora de abordar la extinción del contrato por el pago del precio convenido con el contratista.

El artículo 198.1, párrafo primero, de la LCSP dispone que el contratista tendrá derecho al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en la LCSP y en el contrato.

El artículo 198.2, párrafo primero, de la LCSP establece que el pago del precio podrá hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado.

Por lo tanto, de acuerdo con el citado artículo 198.1, párrafo primero, y 2 párrafo primero de la LCSP, se pueden distinguir las modalidades de pago a las que se va a hacer referencia en los siguientes apartados.

(1948) Recomendación JCCPE número 12/2020, de 18 de septiembre, en la que analiza la problemática de la realización de lotes a tenor de lo previsto en el artículo 99.3 de la LCSP y sus consecuencias.



b) Abono total

En este supuesto, el abono del precio se produce una vez que el contratista ha efectuado la previa ejecución de la totalidad del objeto del contrato. Puede afirmarse que es la regla general, suponiendo que el pago no llegará a producirse hasta que el contratista ejecute a satisfacción de la Administración la totalidad del objeto del contrato.

c) Pagos parciales

Como ya se ha señalado, el artículo 198.2, párrafo primero, de la LCSP establece que el pago del precio podrá hacerse de manera parcial, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado.

En estos casos, el pago del precio se producirá durante la ejecución del contrato y en función de los hitos previstos en los PCAPS o, en su caso, en el contrato.

En la LCSP, se distinguen los siguientes supuestos:

- En los contratos de obras, 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 (1949), una vez comprobadas tanto la realidad de su ejecución como su concordancia con el cronograma de ejecución de la obra (1950).

(1949) La Administración expedirá mensualmente, en los primeros 10 días naturales siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período mensual (artículo 240.1, párrafo primero, de la LCSP).

Informe JCCA número 65/2004, de 11 de marzo de 2005, señala que 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).

(1950) Como ejemplo de un proceso diacrónico contrario a lo previsto en la norma, 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

El artículo 240.1 de la LCSP dispone que, a los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros 10 días naturales 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 PCAPS, 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.

En este supuesto, es muy importante tener en cuenta que las citadas certificaciones mensuales quedan sujetas a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final de la obra (1951), y que no supondrán, en ningún caso, la aprobación y recepción de conformidad de las obras que comprenden por parte de la Administración (1952).

En relación con la liquidación final de una obra es preciso señalar, como ya se ha indicado en esta obra, que, aunque constituye el trámite de verificación del cumplimiento de las obligaciones principales de las partes contratantes, sin embargo, no determina por sí misma la extinción de la relación jurídica contractual (1953).

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 por ciento 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».

(1951) Informe JCCA número 16/2006, de 30 de octubre, en relación con 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.

(1952) 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.

(1953) STS de 24 de mayo de 2012, sobre el valor jurídico que deba darse a los actos de inauguración de las obras, y 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».

- En los contratos de concesión de obras (1954), o contratos de servicios en los cuales se prestan los mismos a lo largo de un dilatado período de tiempo lo que hace perder operatividad a la regla general de abono del precio bajo la modalidad de ejecución previa de la totalidad del objeto del contrato (son los denominados «contratos de tracto sucesivo» en relación, por ejemplo, a servicios de limpieza o de seguridad).

En relación con esta modalidad, el pago efectuado en cada uno de los vencimientos previstos en los PCAPS 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 (1955).

d) Abonos a cuenta

En esta modalidad se trata de que el abono del precio se produce en forma de abonos a cuenta antes de que comience la ejecución del contrato.

El artículo 198.3 de la LCSP dispone que el contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto, en las condiciones señaladas en los respectivos PCAPS, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

El artículo 198.2, párrafo segundo, de la LCSP dispone que, en los casos en que el importe acumulado de los abonos a cuenta 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 trámite habrá de acompañarse, cuando resulte preceptiva, la comunicación efectuada a la Intervención correspondiente para su eventual asistencia a la recepción en el ejercicio de sus funciones de comprobación material de la inversión.

La LCSP prevé bajo esta modalidad los siguientes casos:

- En los contratos de obras, el artículo 240.2 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 PCAPS y conforme al régimen y los límites que

(1954) 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 PCAPS. 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.

(1955) Informe JCCA número 71/2008, de 31 de marzo de 2009.

con carácter general se determinen reglamentariamente, debiendo asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

- En los contratos de servicios, el artículo 310.2 establece que podrá establecerse el pago parcial anticipado en los contratos que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del Sector Público desarrolladas por personas físicas 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 (1956).

El artículo 198.7 de la LCSP dispone que, sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias (1957) y de la Seguridad Social (1958), 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.

e) Otras formas de pago

La articulación del pago de una forma distinta a la prevista en el citado artículo 198.2, párrafo primero, de la LCSP (abono total, pagos parciales, y abonos a cuenta) es posible, pero para ello es necesario que, como dispone el artículo 198.1, párrafo primero, así se haya previsto expresamente en la LCSP y en el contrato.

En este sentido, la LCSP prevé estos supuestos:

- El de la contratación en el extranjero a cuyo efecto la disposición adicional primera.1 g) dispone que en los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, sin perjuicio de tener en cuenta los principios de la LCSP para

(1956) Informe JCCPE número 37/2019 en la que analiza la interpretación que se ha de realizar del artículo 310 de la LCSP señalando que no debe aplicarse cuando se contrate a personas físicas que, siendo empresarios o profesionales, no se dediquen profesionalmente a estas actividades docentes, sino que lo hagan de modo personal y con carácter ocasional.

(1957) Artículo 63.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

(1958) 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.

resolver las dudas y lagunas que en su aplicación, puedan presentarse, 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, prestada en documento fehaciente, salvo que excepcionalmente por resolución motivada del órgano de contratación y cuando las circunstancias así lo impongan, se exima de la prestación de esta garantía, siempre que ello sea conforme con las prácticas comerciales internacionales.

- El de la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, a cuyo efecto la disposición adicional novena.¹ prevé que 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.

D. Procedimiento de pago

a) Ámbito de aplicación

Aunque esta Parte de la obra se dedica a analizar las normas aplicables a la Contratación de un Poder Adjudicador Administración Pública, es preciso indicar que el artículo 198.4 de la LCSP, al que a continuación se va a hacer referencia, solamente resulta aplicable a un Poder Adjudicador Administración Pública del artículo 3.2 de la LCSP y a un Poder Adjudicador No Administración Pública del artículo 3.3.d) de la LCSP, toda vez que el artículo 319.1, párrafo primero, de la LCSP 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, salvo, entre otros aspectos, en lo relativo a las condiciones de pago establecidas en el artículo 198.4 de la LCSP.

Lo señalado quiere decir que, cuando se trate de contratos públicos celebrados por un No Poder Adjudicador, no resultará aplicable el artículo 198.4 de la LCSP sino el artículo 4 de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (1959). De acuerdo con el apartado 3 del citado artículo 4, los plazos de pago podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales.

(1959) Informe JCCA número 58/2010, de 23 de mayo de 2011.

b) *Plazo*

El artículo 198.4 de la LCSP dispone que la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los 30 días naturales 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 (1960), sin perjuicio de que, como se analizará a continuación, pudiera entrar en juego lo previsto en el artículo 210.4, y, si se demorase, deberá abonar al contratista (1961), a partir del cumplimiento de dicho plazo

(1960) En relación con ello, a juicio de los autores de esta obra, 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 se 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 (artículos 1195 y 1196 del Código Civil). 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 (STSJ de la Comunidad de Madrid de 27 de marzo de 2013).

(1961) Es curiosa la situación en virtud de la cual las SSTS de 14 de julio de 2020 y de 14 de abril de 2021 analizan, respectivamente, «si la renuncia a la percepción de intereses, efectuada por un proveedor a fin de acogerse al mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas, vincula en todo caso a quien la hizo por el mero hecho de acogerse a dicho mecanismo, sin tener en cuenta sus particulares circunstancias económico-financieras» y «si la renuncia a la percepción de intereses, efectuada por un proveedor a fin de acogerse al mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, vincula en todo caso a quien la hizo por el mero hecho de acogerse a dicho mecanismo, sin tener en cuenta sus particulares circunstancias». En ambos casos, a cambio del cobro inmediato del principal adeudado, el contratista acreedor renunciaba a intereses, costas judiciales y demás gastos accesorios (respecto de los efectos que implica acogerse al plan extraordinario de pago, la STJUE de 16 febrero de 2017 (Asunto C-555/14), ha declarado que no se opone a la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que permite al acreedor renunciar a exigir los intereses de demora y la compensación por los costes de cobro como contrapartida al pago inmediato del principal de créditos devengados, siempre que esta renuncia sea libremente consentida, lo que incumbe comprobar al juez nacional). La Sala desestima los recursos en base a la doctrina mantenido en las SSTS 1102/2019, de 17 de noviembre, 1630/1019, de 25 de noviembre, y 992/2020, de 14 de julio.



los intereses de demora (1962) 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 (1963), siempre que estos últimos se encuentren «debidamente acreditados», lo que implica la necesidad de aportar «justificantes concretos e individualizados de los gastos» (1964).

Para que tenga lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos estable-

(1962) Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento. STSJ de Islas Baleares de 12 de noviembre de 2012, en relación con la 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 este, más allá de lo debido por el retraso en el que ha incurrido la Administración contratante.

(1963) 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 (Informe JCCA número 5/2005, de 11 de marzo, sobre los efectos de la incorporación al ordenamiento jurídico de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio por la Ley 3/2004, y Resolución del TACRC número 64/2011, de 9 de marzo). En esta última resolución se señala que el alcance del ámbito de aplicación de la citada Ley 3/2004, 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 dicha 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 su artículo 9. Tal precepto considera nulas aquellas cláusulas que, consideradas todas las circunstancias del caso, tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor. En particular, 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.

(1964) SAN de 28 de mayo de 2021, con cita de las SSAN de 14 de enero de 2009, de 30 de enero de 2014, de 30 de junio de 2017 y de 18 de febrero 2019.



cidos en la normativa vigente sobre factura electrónica (1965), en tiempo y forma (1966), en el citado plazo de 30 días naturales desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio.

(1965) La factura electrónica fue puesta en marcha por la LFE, 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. Véase la disposición adicional trigésima segunda de la LCSP que señala que, 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 y traslade dichas facturas al destinatario de las mismas conforme a la configuración para recibir las facturas electrónicas que consignan en el directorio de empresas. Con esta finalidad, se ha puesto a disposición de las empresas la plataforma de distribución de factura electrónica entre empresas FACeB2B. Este sistema, permite el envío de sus facturas en formato electrónico, otorgando a la presentación de sus facturas de un asiento registral, el cual da fe de la fecha y hora de la presentación de la misma.

(1966) Circular 1/2018, de 23 de enero, de la Intervención General de la Administración del Estado, en la que aborda la manera de conciliar las dudas existentes, respecto al colectivo de obligados al uso de la factura electrónica, dado el distinto ámbito subjetivo previsto en el artículo 4.1 de la LFE, y el previsto en el artículo 14 de la LPACAP, que se refiere a los sujetos obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo. A la vista de ello, la cuestión se circunscribe a determinar si debe prevalecer el «criterio de especialidad» (LFE) o el «criterio cronológico» (LPACAP hubiera derogado la LFE). La citada Circular se decanta por aplicar el «criterio de especialidad» porque, aunque ambas normas responden a un mismo espíritu y finalidad (el impulso de la «Administración digital»), sin embargo, por un lado, la LFE regula un sector concreto de relaciones («las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas»), en orden a alcanzar unos objetivos y resultados específicos para lo que establece unos requisitos adicionales y un procedimiento especial, por lo que como Ley especial no puede extender su aplicación en dichas singularidades a sujetos no incluidos expresamente en su ámbito, y, por otro, porque la regulación de la facturación electrónica en el ámbito de las relaciones contractuales, como sector singular y por tanto, con una normativa específica que contemple todas las especialidades es también el tratamiento que se da en el ámbito del Derecho comunitario (Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, y la Decisión de Ejecución (UE) 2017/1870 de la Comisión, de 16 de octubre de 2017, sobre la publicación de la referencia de la norma europea sobre facturación electrónica y la lista de sus sintaxis de conformidad con la citada Directiva 2014/55/UE).

Por ello, la citada Circular concluye que, de considerarse necesario extender el ámbito de obligados previsto en el artículo 4 de la LFE al del artículo 14 de la LPACAP, sería preferible efectuarlo mediante reforma normativa de acuerdo con los principios de seguridad jurídica



la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados.

- El caso especial en el que, a pesar del retraso en efectuar el pago en los términos del artículo 198.4 de la LCSP, sin embargo y a solicitud de la Administración, continué la prestación de los servicios: En este supuesto, el *dies a quo* se computará del mismo modo que el caso general, pero con el matiz de que ese día inicial deberá coincidir con el siguiente al momento en el que se haya efectuado la convalidación del gasto (1968).
- El *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 (1969).

El artículo 198.5 de la LCSP dispone que, si la demora en el pago fuese superior a 4 meses, 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 de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en la LCSP.

El artículo 198.6 de la LCSP dispone que, si la demora de la Administración fuese superior a 6 meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

El artículo 198.8 de la LCSP dispone que las Comunidades Autónomas podrán reducir los plazos de 30 días naturales, 4 meses y 6 meses establecidos en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 198 (1970).

(1968) STS de 28 de mayo de 2020.

(1969) STSJ de la Comunidad de Madrid de 6 de junio de 2013, que señala que se ha de atender a la fecha de cobro de la factura y no a la de la contabilización del documento presupuestario.

(1970) Por ejemplo, la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, en su artículo 155, eleva a 60 días naturales el plazo de pago en el caso de entidades públicas que presten servicios de asistencia sanitaria y que estén reconocidas para ello, y a 8 meses para resolver el contrato y pedir el resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

c) *Demora*

1. Interés a aplicar

Respecto a la referencia que se realiza en el citado artículo 198.4 de la LCSP a que, si la Administración se hubiese demorado en el pago, «deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo 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 (1971)», se ha planteado si, en el ámbito de la Contratación Pública, el tipo de interés que debe abonar ha de ser, indefectiblemente, el establecido en el artículo 7.2 de la citada Ley 3/2004 o, por el contrario, el pactado libremente entre las partes en el contrato.

En contestación a dicho asunto, a la vista de la entrada en vigor de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que modificó el artículo 9.1, párrafo último, de la citada Ley 3/2004 señalando que «En todo caso, son nulas las cláusulas pactadas entre las partes o las prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, o aquellas que excluyan el cobro de dicho interés de demora o el de la indemnización por costes de cobro prevista en el artículo 8. También son nulas las cláusulas y prácticas pactadas por las partes o las prácticas que excluyan el interés de demora, o cualquier otra sobre el tipo legal de interés de demora establecido con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 7, cuando tenga un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, entendiéndose que será abusivo cuando el interés pactado sea un 70 por ciento inferior al interés legal de demora, salvo que atendiendo a las circunstancias previstas en este artículo, pueda probarse que el interés aplicado no

(1971) STJUE de 18 de noviembre de 2020 en la que analiza en sede de conocimiento de una cuestión prejudicial la aplicabilidad del artículo 2.1 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, con el consiguiente abono de intereses de demora sobre el importe adeudado por la ejecución de un contrato. Para resolver dicha cuestión, el Tribunal analiza el contenido del concepto de «operaciones comerciales». Lo hace señalando que para que una operación tenga dicha naturaleza han de concurrir los siguientes requisitos:

1. Debe efectuarse entre empresas o entre empresas y poderes públicos, y,
2. Ha de dar lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación: En este sentido, ha de señalarse que la Directiva citada resulta aplicable a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales, incluso en aquellas entre empresas y poderes públicos.



resulta abusivo. Esta posible modificación del interés de demora, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, no será de aplicación a las operaciones comerciales realizadas con la Administración», es preciso distinguir el siguiente esquema intratemporal (1972):

- Por un lado, antes del 2 de octubre de 2014 (fecha de entrada en vigor de la mencionada Ley 17/2014), el artículo 7.1 de la citada Ley 3/2004 no es aplicable a las Administraciones Públicas ya que prevalece lo estatuido en el artículo 7.2 por mor de su engarce con el artículo 9.1, párrafo último. Es decir, antes del 2 de octubre de 2014 el interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el artículo 7.2.
- Por otro lado, desde el 2 de octubre de 2014, se aplicará lo previsto en el artículo 7.2, párrafo primero, de la mencionada Ley 3/2004, es decir, el tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más 8 puntos porcentuales que, por lo tanto, se aplicará durante los 6 meses siguientes a su fijación.

2. Costes de cobro

En relación con la demora de la Administración en el pago del precio, el artículo 8.1, párrafo primero, de la citada Ley 3/2004 dispone que «Cuando el deudor incurra en mora, el acreedor tendrá derecho a cobrar del deudor una cantidad fija de 40 euros, que se añadirá en todo caso y sin necesidad de petición expresa a la deuda principal».

Respecto de dicho asunto, se ha planteado la duda sobre si los gastos de cobro deben abonarse por cada una de las facturas abonadas con demora, o si deberá efectuarse por una sola vez por el conjunto de todas ellas. En este sentido, a juicio de los autores de esta obra, es preciso señalar que la cantidad fija de 40 euros ha de pagarse por cada factura no abonada en plazo, sin que exista apoyo normativo para considerar que la indicada cantidad fija de 40 euros únicamente se devengaría en cada reclamación de pago presentada en vía administrativa,

(1972) STS de 21 de febrero de 2020 (siguiendo la doctrina mantenida en las SSTS de 29 de octubre de 2018, de 14 de noviembre de 2018, de 3 de junio de 2019, de 2 de diciembre de 2019, y de 19 de noviembre de 2019) en relación con una STSJ de Andalucía de 25 de septiembre de 2017, en la que se defendía que, a la vista del artículo 7 de la Ley 3/2004, ha de estarse en primer lugar, si fuese el caso, a lo pactado en los pliegos.

vista del cual las Comunidades Autónomas (1976) deben publicarlo en su portal web y podrían encontrarse en alguna de las siguientes situaciones:

- 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 2 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, 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 2 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 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Una

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 el portal web su PMPP.

<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/PeriodoMedioPago/InformacionAAPPs/PMPdelasAAPP.aspx>

(1976) 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 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera 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 Ministerio de Hacienda y Función Pública 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.



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 2 meses más, el Ministerio de Hacienda y Función Pública adoptará las medidas de corrección previstas en el artículo 20.6 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. 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. Si persiste la situación descrita durante 2 meses más, el Ministerio de Hacienda y Función Pública adoptará las medidas coercitivas previstas en el artículo 25 de la citada Ley Orgánica 2/2012.

F. Procedimiento de cobro

El artículo 199 de la LCSP dispone que, transcurridos los plazos que se establecen en el artículo 198.4 de la LCSP, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago (1977) y, en su caso, de los intereses de demora (1978).

Si, transcurrido el plazo de 1 mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular

(1977) En relación con 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, sin que basten a tales efectos simples conjeturas, deducciones o estimaciones abstractas con base en la documentación contable de la empresa (STS de 1 de octubre de 2014), 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.

(1978) Sobre el endoso o la cesión del derecho de cobro, véase, entre otras, la STSJ de Murcia 157/2013, de 22 febrero, en la que se señala 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 este las haya endosado o cedido a favor de un tercero convertido en endosatario.

Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento.



recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración(1979), pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda(1980).

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

(1979) 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: 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. 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 (STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 de febrero de 2013).

(1980) 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 de 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 LJCA, 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.



ex lege (1984), sin necesidad de requisito adicional alguno, es decir sin necesidad de requerimiento o interpelación del acreedor, aplicándose el principio *dies interpellat pro homine* (1985). 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.

En cuanto a los intereses de demora, se ha planteado si ha de incluirse o no la cuota del IVA en la base de cálculo de los mismos por el retraso de la Administración en el pago de determinadas facturas de un contrato de suministro. A tal efecto, han de ser analizados los artículos 5 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y 75, apartado Uno, párrafo 1.º, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. En relación con dicho asunto, se debe concluir que sí debe incluirse la cuota del IVA en la base de cálculo de los intereses de demora por el retraso de la Administración en un contrato público sujeto a la LCSP, pero siempre que el contratista acredite que ha realizado el pago o ingresado previamente el citado impuesto en la Hacienda Pública (1986). Dicho lo anterior, el *dies a quo* para calcular los intereses de demora sobre la

(1984) En relación con 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*, aun 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 (STSJ de Castilla y León de 21 de marzo de 2013).

(1985) 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:

- 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.
- Asimismo, en SSTS, entre otras, de 6 y de 10 de octubre de 1987, de 25 de abril, 6 y 26 de noviembre de 1988, y de 26 de enero de 1999, que no es aplicable el artículo 1110 del Código Civil a los contratos administrativos regidos, en este particular, por sus disposiciones especiales.

(1986) STS de 19 de octubre de 2020, con cita de la STS de 20 de marzo de 2012. En ella se razona en base a los siguientes argumentos:

- La factura no es más que la constatación o prueba documentada de la realización del hecho imponible, siendo precisamente el devengo el que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria derivada del IVA, en sus diferentes modalidades.
- Por regla general, el devengo del IVA tiene lugar cuando se produce la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, a tenor del artículo 10.2 de la Directiva 77/388/CE del



partida del IVA se debe computar desde la fecha de la entrega de la factura a la Administración contratante, dado que es a partir de ese momento cuando existe la constatación del hecho imponible (1987).

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, debe sostenerse que solamente será procedente desde la interposición del correspondiente recurso contencioso hasta el total pago de la deuda, a tenor

-
- Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios.
- El devengo lleva aparejada la exigibilidad del impuesto, según el artículo 10.1 de la citada Directiva 77/388/CE.
 - La simultaneidad entre el devengo, es decir, entre la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, y la exigibilidad del IVA, que se infiere del artículo 10.2, primer párrafo, de la citada Directiva 77/388/CE, tiene dos excepciones, recogidas, respectivamente, en los párrafos segundo y tercero del mismo precepto. Por un lado, la derivada de las entregas anticipadas o a cuenta, en las que devengo del impuesto se exige en el momento en el que se perciben las cuantías correspondientes. Esta excepción fue contemplada por nuestro Legislador en los artículos 10.2 de la Ley 30/1985 y 75.2 de la Ley 37/1992. Por otro, una excepción que los Estados miembros pueden o no implementar opcionalmente y que consiste en que el IVA se reclame, en relación con ciertas operaciones o determinadas categorías de sujetos pasivos, en un momento ulterior, como muy tarde, en el de la entrega de la factura o en el del cobro del precio. Esta segunda exclusión de la regla general no ha sido recogida por nuestro legislador, lo que quiere decir que en nuestro sistema para las entregas de bienes (también para las prestaciones de servicios) no cabe posponer la exigibilidad del tributo a un momento ulterior al del devengo.

Por tanto, la exigibilidad del impuesto, la repercusión o el traslado de la carga tributaria a aquel para el que se realiza la operación gravada, tiene lugar mediante la emisión de la correspondiente factura, como expresamente se recoge en el artículo 88.tres de la citada Ley 37/1992, sin que, como puntualiza el apartado cinco, se le pueda exigir al destinatario soportar la repercusión del impuesto con anterioridad al momento de su devengo.

Si no se le puede exigir al destinatario soportar el impuesto antes de su devengo y si la repercusión tiene lugar con la entrega de la factura, es evidente que esta última tiene necesariamente que recoger la realización del hecho imponible o, lo que es lo mismo, su devengo.

Por tanto, del texto de la norma reguladora del IVA y de su interpretación por esta Sala, no ofrece duda alguna que,

- i) la factura es la constatación del hecho imponible,
- ii) el devengo del impuesto en las prestaciones de servicios tiene lugar cuando se ejecuten, y
- iii) el devengo lleva aparejada la exigibilidad del impuesto.

También la literalidad del artículo 5 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, es clara en cuanto el obligado al pago de la deuda dineraria, surgida como contraprestación en operaciones comerciales, incurre en mora y debe pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por la citada Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido. (1987) STS número 1345/2020, de 19 de octubre.



de lo previsto en el artículo 1109 del Código Civil, y cuando los intereses de demora hayan sido claramente determinados y configurados como líquidos (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)(1988). Respecto de esta última nota sobre la necesaria liquidez de los intereses, 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 esta, 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 (1989).

G. Transmisión de los derechos de cobro

El artículo 200.1 de la LCSP dispone que los contratistas que tengan derecho de cobro frente a la Administración podrán ceder el mismo conforme a derecho (1990), lo que suele denominarse, recordando a la legislación cambiaria, como «endoso del derecho de cobro».

Respecto de esta figura, es preciso distinguir el endoso de una certificación del endoso de una factura, ya que, este último no conlleva la cesión de un derecho de crédito sino solamente la del apoderamiento del derecho de cobranza (1991).

El artículo 200.2 de la LCSP dispone que, para que la cesión del derecho de cobro sea efectiva frente a la Administración, será requisito imprescindible que se haya realizado a esta la «notificación fehaciente» del acuerdo de cesión.

(1988) SSTS, entre otras, de 6 de julio de 2001, de 29 de abril y 5 de julio de 2002, y, últimamente, de 9 de marzo de 2020.

(1989) STS de 24 de enero de 2003 dictada en recurso de casación para unificación de doctrina.

(1990) En relación con la figura de la cesión del derecho de crédito (responsabilidad del Estado Legislador por una ley contraria al Derecho Comunitario), véase la STS de 22 de enero de 2020. Esta sentencia tiene un interesante voto particular que, por un lado, considera que se trata de una cesión anticipada prevista en el artículo 1271 del Código Civil y, por otro, que resulta perfectamente aplicable en el ámbito del Derecho Administrativo a la vista de la ausencia de normativa que regule específicamente dicho asunto.

(1991) STSJ de Murcia de 10 de mayo de 2013.

En relación con la interpretación del concepto de «notificación fehaciente» en la transmisión de los derechos de cobro de los contratos administrativos, se ha planteado si constituye un requisito para la efectividad de la notificación fehaciente a la Administración contratante la aportación junto con la misma del contrato privado de cesión o si, por el contrario, resulta suficiente para la efectividad de dicha cesión la mera comunicación por parte del cedente del crédito. En la STS de 15 de diciembre de 2021, dictada en interés casacional por una ajustada mayoría, se fija la interpretación de que el concepto de «notificación fehaciente» en la transmisión de los derechos de cobro de los contratos administrativos debe interpretarse en el sentido de que resulta suficiente para la efectividad de dicha cesión la mera comunicación por parte del cedente del crédito, no constituyendo un requisito para la efectividad de la notificación fehaciente a la Administración contratante la aportación a la misma del contrato privado de cesión. De este modo, si a pesar de dicha «notificación fehaciente», la Administración hubiera pagado el crédito al cedente, dicho pago no sería liberatorio sino que la misma seguiría teniendo un crédito pendiente y no satisfecho con el cesionario.

Por el contrario, los Magistrados que formularon Voto Particular mantienen, basándose especialmente en la STS de 20 de enero de 2020, de modo muy acertado a juicio de los autores de esta obra, lo siguiente:

- Para que la cesión produzca efectos, es preciso que ya se hubiera producido la expedición de la certificación final de obra y que se hubiera tramitado el expediente de toma de razón del endoso ante la Intervención Delegada correspondiente.
- El mantenimiento de una interpretación antiformalista y descontextualizada de la regulación de la transmisión de los derechos de cobro establecida en el artículo 200 de la LCSP, supone soslayar la doctrina jurisprudencial mantenida en la citada STS de 20 de enero de 2020, respecto a la determinación de las características específicas del régimen jurídico aplicable a la cesión de créditos de naturaleza administrativa que excluye la cesión de créditos futuros, y eludir los trámites procedimentales exigidos en la propia LCSP y en la LGP para declarar la existencia de un crédito contra la Hacienda Pública.

En esta línea, el primer inciso del artículo 200.5 de la LCSP dispone que «Las cesiones anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro no producirán efectos frente a la Administración». Ello significa que en el ámbito de los contratos administrativos no cabe la cesión de créditos futuros, algo que difiere de lo previsto en el artículo 1112 del Código Civil.

- De acuerdo con la mencionada STS de 20 de enero de 2020, la regulación establecida en el artículo 200 de la LCSP constituye una figura jurídica que no cabe asimilar a la cesión del derecho de crédito, lo que determina que resulte aplicable específicamente la legislación reguladora de los contratos

administrativos, en aras de tutelar el interés general, lo que comporta que solo se permite legalmente la cesión del derecho de cobro a un tercero cuando la Administración ha comprobado la correcta ejecución del contrato de obra o la prestación del servicio. Por ello, la supletoriedad del Derecho Privado con respecto al Derecho Administrativo no opera de modo indiscriminado (1992), por lo que, en este caso, dista de ser evidente que la cesión de créditos de naturaleza jurídico-administrativa pueda regirse automáticamente por las mismas normas relativas a la cesión de créditos en Derecho Privado.

Cuando la legislación administrativa considera que los créditos frente a la Administración podrán cederse, lo regula expresamente y, dato muy significativo, lo hace en términos no coincidentes con el Código Civil. Así, en materia de contratos administrativos, el artículo 200 de la LCSP establece que los contratistas que tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a derecho, con lo que lo cedible no es el derecho de crédito sino el derecho de cobro, resultando que para que un derecho de crédito nacido de la ejecución de un contrato administrativo pueda ser cobrado, es preciso, aparte de que haya pasado un plazo y, en su caso, se presente y trámite la correspondiente reclamación, que se hayan dado las condiciones que señala el artículo 198.4, es decir, que se haya producido la «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», dicho de otro modo, que la Administración haya afirmado que la obra o el servicio se han realizado correctamente. Para ello, existe en la dinámica de las obligaciones con cargo a la Hacienda Pública una fase presupuestaria, sin equivalente en el ámbito jurídico-privado, que es el «reconocimiento de la obligación» y que se materializa en «el acto mediante el que se declara la existencia de un crédito exigible contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social» (artículo 73 de la LGP). Por evidentes razones de buena gestión de los fondos públicos, las obligaciones frente a la Hacienda Pública requieren siempre una comprobación formal de su existencia y exigibilidad por parte de la Administración, lo que, a su vez, comporta ciertos trámites procedimentales, así como la adopción de un acto administrativo. Resulta así claro que, con anterioridad al «reconocimiento de la obligación», no hay aun un crédito delimitado, sino el devenir de una relación jurídica a través de un procedimiento administrativo, algo que no es susceptible de ser subsumido en la cesión de créditos contemplada en el artículo 1112 del Código Civil que permite cederlo a un tercero con anterioridad a que la otra parte manifieste su conformidad con la prestación. Al establecer una regla más restrictiva sobre cesión de créditos, la LCSP busca, como es obvio, tutelar el interés

(1992) STS de 9 de marzo de 2012.



general, evitando que la Administración tenga que enfrentarse a reclamaciones pecuniarias de terceros cuando aun no ha dado su conformidad a la obra o al servicio. Solo cuando lo único que falta es cobrar, al haber manifestado la Administración que no tiene objeción alguna sobre la ejecución del contrato administrativo, se permite legalmente la cesión de ese derecho de crédito a un tercero. Este concepto del derecho de crédito, en el contexto de la LCSP, recibe la significativa denominación de «derecho de cobro».

En cualquier caso, a juicio de los autores de esta obra, la cuestión no es de las que «hará que la sangre llegue al río». Bastará con que el órgano de contratación lo establezca expresamente en la cláusula de loa PCAPS en los que trate la cesión del derecho de cobro del artículo 200 de la LCSP, indicando, además, como la propia STS de 15 de diciembre de 2021 recoge, que el «defecto de falta de notificación fehaciente pudo subsanarse mediante el oportuno trámite de aportación de documentos», aplicando lo previsto en la LPACAP, bastando con «requerir la presentación de la documentación que la Administración hubiese tenido por necesaria».

En cualquier caso la «notificación fehaciente» del artículo 200.2 de la LCSP, es imprescindible y resulta constitutiva para la efectividad de la cesión, siendo suficiente para ello con que se acredite por cualquier modo que permita acreditarlo de acuerdo a derecho(1993). Esta característica es tan importante que el artículo 200.3 de la LCSP reitera que 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 a la Administración.

El artículo 200.4 de la LCSP establece que, 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.

En relación con este artículo 200.4, hay que puntualizar que, aunque en la liquidación del contrato no se haga por parte del contratista reserva sobre determinadas «obligaciones pendientes» (por ejemplo, sobre reclamación de intereses por demora), sin embargo, ello no impedirá la reclamación siempre que no hayan prescrito a tenor de lo previsto en la LGP(1994).

(1993) STSJ de Aragón de 30 de abril de 2013.

(1994) STS de 6 de abril de 2021.

El artículo 200.5 de la LCSP dispone que las cesiones anteriores al nacimiento de la relación jurídica de la que deriva el derecho de cobro no producirán efectos frente a la Administración. En todo caso, la Administración podrá oponer frente al cesionario todas las excepciones causales derivadas de la relación contractual (1995).

H. 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.

Pues bien, en relación con dicho precepto, se ha planteado la posible responsabilidad de las entidades del Sector Público, sean Poderes Adjudicatadores o no, por posibles deudas acumuladas por el contratista en relación con la subcontratación de obras y servicios, pues todos ellos tienen la condición de empresarios, es decir, han de representar el papel de «empleadores». Este término ha de analizarse a la luz de la legislación laboral y de la Seguridad Social (1996), en virtud de la cual la Administración tiene la condición de empresario cuando actúa como comitente (1997). 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 PCAPS de alguna cláusula en dicho sentido, pues el artículo 34 de la LCSP establece como límite al principio de libertad de pactos que estos

(1995) 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, por un lado, se expidieran las correspondientes certificaciones y, por otro, se realizara la preceptiva notificación fehaciente de la cesión del derecho de cobro a la Administración.

(1996) Por todas, SSTs de 15 de julio, de 27 de septiembre, de 14, 23 y 31 de diciembre de 1996, y de 3 y de 18 de marzo de 1997.

(1997) STS de 24 de noviembre de 1998.

podieran resultar contrarios al ordenamiento jurídico, término dentro del cual se encuentra la LCSP.

Pues bien, el artículo 42.1 del ET dispone que los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos 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 hábiles (1998) improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante (1999).

El artículo 42.2 del ET dispone que el empresario principal, salvo el transcurso del plazo señalado en el artículo 42.1 respecto a la Seguridad Social, y durante los 3 años (2000) siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social (2001) contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

(1998) 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.

(1999) 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 una empresa deudora de la Seguridad Social. A juicio de los 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.

(2000) Para ello será preciso que el derecho exigido no hubiera prescrito (STS de 4 de mayo de 1998), y teniendo en cuenta que el plazo de prescripción se interrumpirá por el requerimiento de pago de las cuotas debidas (STS de 4 de octubre de 2004) pero no por una posible reclamación efectuada por la empresa auxiliar (STS de 20 de septiembre de 2007).

(2001) 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).



De las obligaciones de naturaleza salarial (2002) contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente (2003) 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.

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 (2004), sin embargo, el apartado 2 se refiere a la posible responsabilidad que pudiera corresponder al empresario principal una vez celebradas estas (2005) en concepto de cotizaciones sociales (2006) u obligaciones de naturaleza salarial (2007) durante la ejecución del encargo. En

(2002) 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).

(2003) Para ello será preciso que el derecho exigido no hubiera prescrito (STS de 4 de mayo de 1998), y teniendo en cuenta que el plazo de prescripción se interrumpirá por el requerimiento de pago de las cuotas debidas (STS de 4 de octubre de 2004) pero no por una posible reclamación efectuada por la empresa auxiliar (STS de 20 de septiembre de 2007).

(2004) SSTS de 28 de octubre de 1996 y de 19 de mayo de 1998.

(2005) Memoria de 2010 del Consejo de Estado, 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).

(2006) 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).

(2007) 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

este último caso, a juicio de los autores de esta obra, para prevenir estas situaciones a lo largo de la ejecución del contrato, los órganos de contratación deberían incluir en los PCAPS, al amparo del principio de libertad de pactos previsto en el artículo 34 de la LCSP, la obligación de que la empresa auxiliar justifique mensualmente que se encuentra al corriente en el pago de sus cotizaciones sociales (2008) y obligaciones salariales. A tal 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 PCAPS deberían especificarse las medidas a aplicar con objeto de prevenir la situación de responsabilidad solidaria por parte del empresario principal (2009).

que se refiere el artículo 26.2 (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), 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).

(2008) 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 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, estos han desaparecido físicamente –sin perjuicio de la existencia de los correspondientes justificantes bancarios– con la implantación del sistema electrónico de pago y, de otro lado, su examen no permite comprobar si la cotización realizada es correcta.

(2009) 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 Social o sus trabajadores. 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 (artículo 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».



De acuerdo con lo señalado en el artículo 42.1 y 2 del ET, cabe deducir que para que concorra este tipo de responsabilidad solidaria será preciso que concurren 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 aunque pudiera parecer superfluo, no lo es 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.
- Que el mencionado contrato o subcontrato tenga, en sentido amplio, por objeto la realización de obras o servicios, pues lo esencial es que exista un negocio jurídico que sirva de cobertura al auxilio que para su actividad principal consigue el comitente. En este aspecto es muy relevante el contenido que se le da al concepto de «propia actividad». Sobre este particular, el TS ha entendido que se refiere a «las operaciones laborales que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, esto es, que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado» (2010), excluyendo las «tareas complementarias o no nucleares» (2011) 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 (2012), la aplicación del artículo 42.1 del ET, y porque, de ese modo, el fundamento de la responsabilidad de la empresa o entidad comitente se relaciona con su ciclo productivo, es decir, con el producto o resultado final de la misma. De este modo, por ejemplo, constituirá la «propia actividad» de una empresa de construcción, a la que se le encarga la íntegra ejecución de una obra, los sis-

(2010) SSTS de 27 de febrero de 2019 (Jurisdicción Contenciosa) y de 23 de enero de 2020 (Jurisdicción Social). Se considerarán actividades referidas a la propia actividad del empresario principal, por ejemplo, las actividades de un comedor en un Colegio Mayor (STS de 24 de noviembre de 1998), 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).

(2011) 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).

(2012) STS de 22 de enero de 1988 que señala que, aun cuando el empresario principal desista unilateralmente sin causa, subsistirá la responsabilidad de este hasta la extinción natural de la obra, ya que «no puede quedar al arbitrio del empresario principal la determinación de su alcance».

temas de seguridad, eléctricos, de aguas, de saneamiento y cualesquiera otros que sean necesarios para poder entregarla de acuerdo a lo pactado, es decir, integrada en el «ciclo productivo» de dicha actividad.

En el caso de producirse una concatenación de contrataciones y siempre que se dieran las condiciones a las que se ha hecho mención con anterioridad, todas las empresas de dicha cadena responderán solidariamente de los incumplimientos de las empresas ubicadas en los eslabones intermedios e inferiores (2013).

Una cuestión muy importante, a la que ya se ha hecho referencia, es que este tipo de responsabilidad solidaria no procede de lo previsto en la LCSP sino de la legislación laboral y de la Seguridad Social. Esto quiere decir que, si la Administración resultase responsable de las deudas por impago de salarios o de cuotas de la Seguridad Social, no podrá resarcirse de la misma con cargo a las garantías prestadas por parte de la empresa auxiliar, pues no trae causa de la ejecución del propio contrato. 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.

b) Por deudas tributarias

El artículo 140.4 de la LCSP, como ya se ha señalado en esta obra, dispone las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contrata, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato (2014).

(2013) «Tesis del encadenamiento máximo» (SSTS de 19 de mayo de 1998 y de 9 de julio de 2002), argumentándose en esta última STS que «el artículo 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 este, 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».

(2014) Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid número 6/2021, de 17 de diciembre, en el que se ha planteado si la comprobación de la ausencia de prohibición para contratar consistente en estar al corriente en el pago de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social se ha de realizar en dos momentos, a la vista del artículo 140.4 de la LCSP, que dispone que debe concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato, cómo acreditar cada uno de ellos. En relación con el primero, referido al momento de presentar su oferta o solicitud de participación, se produce mediante el DEUC como principio de presunción *iusuris tantum* de que en principio se cumple esta condición [por ello, como contraparte a esta presunción inicial, la LCSP establece que, haber incurrido en falsedad al efectuarla, constituye una prohibición de contratar a tenor del artículo 71.1.e)], mientras que el segundo momento, el de la perfección del



A pesar de ello 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. Ello, a juicio de los autores de esta obra, se fundamenta en una visión jurídica parcial y centrada en que, como la LCSP nada señala, nada hay que vigilar durante la ejecución del contrato.

Como ya se ha señalado en esta obra, aunque la jurisprudencia (2015) 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, entre las que se encuentra la LCSP y cualquier otra que pudiera resultar aplicable, como, por ejemplo, se acaba de analizar al amparo del artículo 42.1 y 2 del ET.

Pues bien, en el indicado sentido, ahora es preciso recordar que el artículo 43.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las personas o entidades que contraten o subcontraten la ejecución de obras o la prestación de servicios correspondientes a su actividad económica principal (2016),

contrato, se realiza sobre el licitador que ha realizado la mejor oferta deberá hacerse mediante el documento *ad hoc* que permita probar en ese momento dicho extremo en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP.

(2015) Entre otras muchas, SSTS de 21 de diciembre de 1988, de 25 de julio de 1989, de 26 de septiembre de 1989, de 20 de diciembre de 1995, de 9 de marzo de 1999, y de 20 de abril de 1999.

(2016) 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, respecto de las cuales 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



por las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación (2017). Dicha responsabilidad prevista 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 (2018) 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

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». (2017) Informe JCCA número 49/2005, de 19 de diciembre, en el que manifiesta dos críticas en relación con 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 con 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 órgano de la misma Administración, aunque la solución o propuesta de solución no corresponda evidentemente a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa».

(2018) Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.



renovado. La Administración tributaria emitirá el certificado o lo denegará en el plazo de 3 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.

En relación con la aplicación del mencionado artículo 43.1.f) de la LGT, 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 (2019) y haciendo una consulta al Fichero Central de Gestión de los Datos de Terceros, comprobaría si el pago se encontraría sujeto a alguna incidencia 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 u otro sistema similar (2020) 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 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 citado sistema de anticipos de caja fija.

Por lo tanto, la obligación legal existe y debe cumplirse por parte del órgano de contratación. Ahora bien, el verdadero problema estriba en cómo hacerlo porque podría suceder que, por ejemplo, aunque se exigiese la acreditación por el contratista de estar al corriente en el pago de las deudas con la Administración tribu-

(2019) Artículo 75.1 de la LGP.

(2020) A juicio de los autores de esta obra, se considera un sistema análogo al sistema de anticipo de caja fija el establecido en la Orden de 23 de septiembre de 1999, por la que se desarrolla el Real Decreto 2723/1998, de 18 de diciembre, por el que se regula la autonomía en la gestión económica de los centros docentes públicos no universitarios.

taria 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 (2021), 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 círculo 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.

I. Caso de huelga

Para examinar esta cuestión (2022), 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 protección (2023). En relación

(2021) Conviene reflexionar 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 con 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 IVA, para acreditar que no se tienen deudas en período ejecutivo en relación con 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.

(2022) *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, pp. 205-215, Madrid 2010.

(2023) 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, STC de 19 de junio de 2006).



con dichas limitaciones, una procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad (2024).

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 medio de un contrato público, es preciso indicar que, siempre que se hayan respetado los servicios mínimos fijados por la autoridad competente, no puede hablarse de un supuesto de fuerza mayor (2025) que excepcione la aplicación del principio de riesgo y ventura, toda vez que es inherente a la actividad empresarial que puedan plantearse por los trabajadores situaciones de huelga. Por ello, cabe apreciar las siguientes consecuencias:

- La Administración no incurre en culpabilidad ya que no le es imputable la causa que origina la huelga por lo que, en consecuencia, no debe indemnizar al contratista por los daños que hubiera sufrido, es decir, no ha de resarcirle por los costes derivados del mantenimiento de los servicios mínimos, ya que es una carga inherente a su actividad empresarial y que, por lo tanto, el empresario tiene el deber de soportar.
- 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 (2026).
- 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.
- La Administración no debe descontar del precio que abona al contratista las cantidades abonadas a terceros que, excepcionalmente, hayan tenido que pres-

(2024) 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».

(2025) 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).

(2026) SSTS de 21 de enero de 1983, y de 26 de marzo de 1987, y SAN de 22 de febrero de 2008.



tar los servicios públicos esenciales en tanto los trabajadores de la primera 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.

12. PLAZO DE GARANTÍA Y RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA

A. Planteamiento general

Como ya se ha señalado en esta obra, la regla general (2027) es que, una vez que se ha efectuado el acto formal de recepción de conformidad por parte de la Administración, comience el plazo de garantía del contrato.

El artículo 210.1 de la LCSP dispone que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación.

El artículo 210.2 de la LCSP establece que, 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 PCAPS por razón de sus características. A la Intervención de la Administración correspondiente (2028) le será comunicado,

(2027) En este sentido, las excepciones que se contemplan en la LCSP son las siguientes:

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».

(2028) 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

cuando ello sea preceptivo (2029), la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión.

El artículo 210.3 de la LCSP dispone que 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. 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 PCAPS (2030).

El artículo 210.4 de la LCSP dispone que excepto en los contratos de obras, que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 243, dentro del plazo de 30 días naturales 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 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. 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 (2031), siempre que estos últimos se encuentren «debidamente

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 IGAE (artículo 143 de la LGP).

(2029) 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.

(2030) En este sentido, 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».

(2031) Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE núm. 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004,



acreditados», lo que implica la necesidad de aportar «justificantes concretos e individualizados de los gastos» (2032).

A estos efectos, para la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción de las acciones del contratista para reclamar el importe de los trabajos, no ha de ser necesario que, en todo caso, se haya efectuado previamente la liquidación definitiva, sino que, cuando esta no se haya producido, bastará con que aparezcan otros actos concluyentes, como por ejemplo la certificación final de las obras o la devolución de la garantía definitiva, ya que determinan la conclusión o extinción de la relación contractual (2033).

El plazo de garantía, toda vez que su naturaleza jurídica responde a un eventual resarcimiento de los daños que pueden causarse a la Administración (2034), se corresponde, salvo que en los PCAPS se haya establecido algo sobre el particular, con el de la acción para reclamarlos, 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, 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 a este la subsanación de los mismos (2035), no se reanudará ese cómputo después de efectuada la reparación.

Como ya se ha señalado en esta obra, el artículo 110.e) de la LCSP dispone que 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. Por su parte, el artículo 111.1 establece que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que 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 este sin culpa del contratista, de modo que, 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 (2036).

de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento. (2032) SAN de 28 de mayo de 2021, con cita de las SSAN de 14 de enero de 2009, de 30 de enero de 2014, de 30 de junio de 2017 y de 18 de febrero 2019.

(2033) STS de 25 de octubre de 2021.

(2034) Por todas, STS de 1 de diciembre de 1988, en el que ya se afirmaba que «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».

(2035) Informe JCCA número 22/2011, de 15 de diciembre.

(2036) STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 febrero de 2013.



B. Supuestos especiales

a) Contrato de obras

El artículo 238.3 de la LCSP 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 de la LCSP establece que, si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de esta, las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía.

Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas se hará constar así en el acta y el Director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquellos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

El artículo 243.3 de la LCSP dispone que el plazo de garantía se establecerá en el PCAPS 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 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 artículo 244 en relación con los vicios ocultos, 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. 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.

b) Contratos de suministro

El artículo 305.1 de la LCSP dispone que, si durante el plazo de garantía se acredita 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 si fuese suficiente.

El artículo 305.2 de la LCSP dispone que, durante este plazo de garantía, tendrá derecho el contratista a conocer y ser oído sobre la aplicación de los bienes suministrados.

El artículo 305.3 de la LCSP dispone que 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.

El artículo 305.4 de la LCSP dispone que terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o la denuncia a que se refiere el artículo 305.1 y 3, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de los bienes suministrados.

c) Contrato de servicios

El artículo 311.4 de la LCSP dispone que, 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.

El artículo 311.5 de la LCSP dispone que, terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o la denuncia por falta calidad técnica o por omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato a que se refieren los apartados 1 a 4 de este precepto, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de la prestación efectuada, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 314 y 315 sobre subsanación de errores y responsabilidad en los contratos que tengan por objeto la elaboración de proyectos de obras.

13. CESIÓN CONTRACTUAL

El artículo 214.1 de la LCSP dispone que, al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275,



la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los PCAPS que, a tales efectos, establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato (2037) podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que se cumplan estas condiciones:

- Que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato. En este sentido, sin perjuicio de que el cedente, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario reúnan las condiciones establecidas en el artículo 214.2.b) de la LCSP, no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato (2038), y
- Que de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado.

Cuando los PCAPS 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 de acuerdo con lo previsto en el artículo 214 de la LCSP. Los PCAPS podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados (2039).

(2037) Puede tratarse de una cesión total o parcial, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias número 5/2009, de 30 de julio.

(2038) Se trató de una novedad, introducida en el artículo 226.1 del TRLCSP por 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 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH contra República Österreich Bund*).

(2039) En este sentido, el artículo 250.1.c) de la LCSP dispone para el contrato de concesión de obras que los PCAPS 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 cuándo la cesión de las participaciones deberá considerarse como 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.



El artículo 214.2 de la LCSP dispone que, para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los PCAPS deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos:

- Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión, como manifestación del poder de 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.

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 (2040).

- Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o, cuando se trate 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, o haya puesto en conocimiento del juzgado competente 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.

No obstante, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los PCAPS 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.

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.

(2040) 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».



- Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.
- Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

En relación con este requisito, es preciso puntualizar que, por ejemplo, en un contrato de concesión de obras (2041) no resultará necesario que para la cesión de la explotación de la obra se exija al cesionario contar con la clasificación que, en su momento, se exigió al cedente para ejecutar la correspondiente obra, siendo suficiente, por un lado, el cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia necesarios para la gestión del servicio público, y, por otro, que el cedente haya realizado la explotación al menos durante el plazo mínimo de duración previsto en el contrato (2042).

El artículo 214.3 de la LCSP dispone que el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

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 (2043). 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 (2044).

(2041) Informe JCCPE número 31/2020.

(2042) Informe JCCPE número 24/1996.

(2043) 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.

(2044) 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,

Para alcanzar dichos objetivos, los contratistas cuentan con la posibilidad de impulsar dos estrategias diferentes, o bien la creación de grupos de empresas (2045), o bien adoptar la decisión de celebrar contrataciones externas (2046) 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, a tenor del artículo 215.4 de la LCSP, 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 PCAPS y en el contrato (2047).

B. Concepto

Ni en la LCSP ni en el TRLCSP se recoge una definición expresa sobre el concepto de subcontrato. No obstante, de la intencionalidad de su regulación y de la delimitación que de este concepto se ha hecho doctrinal y jurispruden-

conseguir estos mismos resultados con una minoración en las plantillas de trabajadores propios (adelgazamiento de estructuras).

(2045) Son empresas paralelas o filiales a la principal, especializadas en determinadas fases del proceso productivo, a las que se asignan las actividades que se descentralizan. A ellas se refiere, como ya se ha analizado en esta obra, 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 concurren en unión temporal.

(2046) 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., MACIA, A. y DELGADO, A., «La externalización, una realidad integrada en la gestión de la empresa», *Economía Industrial* número 360, 2006, pp. 163 a 174).

(2047) SAN de 12 de junio de 2013.



cialmente en otras ramas jurídicas (por ejemplo, el artículo 1597 del Código Civil y el artículo 42.1 del ET), se puede deducir que el subcontrato es, a los efectos de la LCSP, «un contrato celebrado entre el contratista y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal». Ahora bien, es preciso considerar que la subcontratación es solo una de las modalidades de externalización de su actividad a las que puede acudir una empresa, pues el uso de medios ajenos para realizar el objeto del contrato puede no desarrollarse a través de una subcontratación como, por ejemplo, cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación (2048).

Desde el punto de vista de las normas administrativas, se define al subcontratista en el artículo 3.f) inciso primero 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 4.1 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.

C. Naturaleza jurídica

El artículo 215.7 de la LCSP dispone que los subcontratos y los contratos de suministro a que se refieren los artículos 215 a 217 tendrán en todo caso naturaleza privada (2049), con características propias de la teoría general de las

(2048) Resolución del OARC número 92/2016.

(2049) La LCSP ha recuperado esta definición sobre su naturaleza jurídica que, sin embargo, sí se recogía en el artículo 116.5, párrafo segundo, del TRLCAP.

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 que dispone 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 PCAPS o al 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, así como de la obligación a que hace referencia el artículo 202.1, último párrafo, referida al sometimiento a la normativa nacional y de la UE en materia de protección de datos.

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 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 (2050).
- 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 (2051).

Su naturaleza jurídico-privada es el argumento principal que suele utilizarse para objetar y, en todo caso, limitar el alcance de la regulación de la subcontratación que se hace en la LCSP. Según tales planteamientos, la sujeción de la subcontratación en el ámbito de los Contratos Públicos a determinados requisitos, condiciones y, sobre todo, garantías de pago, desnaturalizarían 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 (contratista y subcontratista), el subcontrato guarda, como ya he dicho, directa incidencia en la ejecución del contrato administrativo, hecho que es suficiente para que, en orden a asegurar su efectivo cumplimiento, puedan incorporarse determinados requisitos y condiciones en la celebración del subcontrato. Con ello no se altera la relación jurídico-privada

(2050) STS de 10 de febrero de 1990.

(2051) STS de 18 de diciembre de 1996.

que surge del subcontrato, manteniéndose, además, plenamente diferenciadas las responsabilidades derivadas, por una parte, del subcontrato, y por otra, del contrato administrativo (2052).

D. 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, con el fin de evitar la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones Públicas, cumpliendo de esta manera lo dispuesto en 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 los siguientes casos (2053):

- En los contratos administrativos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública.

(2052) 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.

(2053) 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».

- En los contratos privados celebrados por las siguientes entidades:
 - Por un Poder Adjudicador Administración Pública cuando su objeto sea alguno de los incluidos el artículo 25.a).1.º y 2.º 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 suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos (disposición adicional novena de la LCSP) (2054) cuando los contratos sean SARA (artículo 26.2, párrafo segundo, de la LCSP).
 - Por un Poder Adjudicador No Administración Pública (artículos 26.3 y 319.1, párrafo primero, de la LCSP).

E. Régimen jurídico

a) *Planteamiento general*

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.

El artículo 215.1 de la LCSP dispone que el contratista podrá concertar con terceros la realización de la prestación o parte de la misma (2055), como sucede en

(2054) Disposición adicional novena de la LCSP sobre «Normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones».

(2055) STJUE de 14 de julio de 2016. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León número 8/2015, de 21 de enero. Resolución del TACRC número 569/2018, de 12 de junio, fija que, siguiendo el criterio previsto en las Resoluciones 26/2016, de 15 de enero, y 334/2017, de 6 de abril, que, de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable (Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre), resulta acorde con la normativa en vigor la contratación con empresas solo parcialmente autorizadas, siempre que conste expresamente el compromiso del licitador para subcontratar la prestación de la actividad no autorizada con una empresa que posea la pertinente habilitación.

el caso del contrato de concesión de servicios (2056), con sujeción a lo que dispongan los PCAPS (2057), salvo que deba contarse con autorización expresa del órgano de contratación por tratarse de contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales (artículo 215.2 d) de la LCSP), o que determinadas tareas críticas deban ser ejecutadas directamente por el contratista (artículo 215.2 e) de la LCSP) (2058).

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la LCSP 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.

En relación con el mencionado artículo 215.1, es necesario matizar que, dada la posición favorable a la admisión de la subcontratación 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 (2059).

En el mismo sentido, hay que tener presente que es contrario a la Directiva 2014/24/UE, el establecimiento de una limitación en el porcentaje del contrato que el licitador puede subcontratar con terceros (2060).

Tampoco, a la vista del artículo 215 de la LCSP, será posible que el órgano de contratación imponga al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los PCAPS, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, toda vez que únicamente se contempla la posibilidad de que determinadas tareas críticas estén excluidas de la subcontratación y tengan que ser ejecutadas por el con-

(2056) El artículo 296 de la LCSP dispone que «la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, resultándole de aplicación la regulación establecida en los artículos 215, 216 y 217 de la presente Ley».

(2057) Resolución del TACRC número 187/2012, de 6 de septiembre.

(2058) Resolución del TACRC número 686/2022, de 7 de junio.

(2059) Resoluciones del TACRC números 158/2012, de 30 de julio, 187/2012, de 6 de septiembre, y 1523/2021, de 5 de noviembre, en la que declara improcedente la inclusión en los PCAPS de una prohibición genérica de subcontratación que no se justifica de ninguna forma.

(2060) STJUE de 25 de septiembre de 2019 [Asunto C-406/14 *Wrocław-Miasto na prawach powiatu*], por la que se establece que es contrario a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su versión modificada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, la transposición realizada a nivel normativo por un país que establezca con carácter general una limitación en el porcentaje del contrato que el licitador puede subcontratar con terceros.

tratista (2061). Por tanto, en la LCSP ya no se regula la posibilidad de imponer al contratista que subcontrate partes concretas de la prestación. Esta omisión en modo alguno puede calificarse como un olvido del Legislador, sino que es muestra evidente, a juicio de los autores de esta obra, de su voluntad de abrogar esta posibilidad recogida por la legislación anterior (2062).

b) *Requisitos*

El artículo 215 de la LCSP dispone que la celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Si así se prevé en los PCAPS, que como acaba de señalarse no podrán imponer al futuro contratista la obligación de subcontratar con terceros (2063) ni imponer un porcentaje máximo de subcontratación (2064), 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.

De acuerdo con lo señalado, en la fase de selección del contratista es posible que los PCAPS impongan a los licitadores la obligación de indicar la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, extremo que deberán en las correspondientes proposiciones. Una vez definida la parte que se prevé subcontratar, el licitador ha de indicar dos cosas: el importe de esa parte, y el nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización. Se trata de dos conceptos diferentes y alternativos, de modo que, o bien se cita el nominalmente al subcontratista o bien, sin hacerlo así, se comunica el perfil empresarial necesario para la ejecución de la parte subcontratada. En este último caso, el licitador ha de mencionar expresamente cuáles son las condiciones de solvencia profesional o técnica de la entidad (empresa o trabajador autónomo) que finalmente vaya a ocuparse de la ejecución de la parte subcontratada.

(2061) Resolución del TACRC número 686/2022, de 7 de junio.

(2062) Informe JCCPE número 85/2018.

(2063) Informe JCCPE número 85/2018.

(2064) STJUE de 25 de septiembre de 2019 [Asunto C-406/14 *Wrocław-Miasto na prawach powiatu*], por la que se establece que es contrario a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su versión modificada por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, la transposición realizada a nivel normativo por un país que establezca con carácter general una limitación en el porcentaje del contrato que el licitador puede subcontratar con terceros.

Esta exigencia es lógica, puesto que el artículo 215.2.b) de la LCSP impone al ya seleccionado como contratista que justifique suficientemente ante la entidad contratante la aptitud del subcontratista que haya elegido para ejecutar la parte subcontratada «por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71». Por tanto, el licitador debe ofrecer un perfil empresarial, que cumpla las condiciones adecuadas para la ejecución de la parte del contrato que se vaya a subcontratar, y mantener su selección dentro de este criterio.

Sin embargo, ni la LCSP ni la normativa reglamentaria contienen una norma específica que determine en qué documento ha de constar la información sobre el importe de la parte que se va a subcontratar y sobre el nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización. Por esta razón, no resulta exigible que se haga en un determinado soporte documental.

Ahora bien, el artículo 140.2 LCSP señala que, cuando el PCAPS exija la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del DEUC, deberán indicar la forma de su acreditación. Por tanto, se debería concretar de qué modo ha de aportarse tal documentación y si es necesario aportarla en un documento concreto.

De no hacerse así, cabe señalar que, en aplicación del principio antiformalista que debe presidir, como ya se ha señalado en esta obra, la subsanación de errores o defectos contenidos en la oferta o proposición presentada por los licitadores (2065), impone que la única condición requerida sería que en el conjunto de la oferta o en un documento independiente se incluya la información requerida, de modo que el órgano de contratación puede corroborar, antes de la adjudicación del contrato, el cumplimiento de este requisito (2066).

En este supuesto, en el que los PCAPS hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar en su 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, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran 20 días naturales desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere el artículo 215.2.b)

(2065) Resolución del TACRC número 639/2020, de 21 de mayo.

(2066) Informe JCCPE número 60/2019.



de la LCSP, 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 hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional.

Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir dicho plazo si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

No obstante, resulta bastante habitual que, en determinados objetos contractuales, se produzca una acusada «volatilidad» del mercado laboral (por ejemplo, en los contratos cuyo objeto está relacionado con las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones) (2067). Por este motivo, para evitar excluir a determinados subcontratistas porque se haya producido una variación de la descripción nominal incluida en la oferta del contratista, los PCAPS deberían orientarse, siempre que fuera posible, a fijar con la mayor precisión posible el perfil empresarial que deben poseer los subcontratistas. De este modo, se podría aplicar lo ya señalado en esta obra respecto a la «fungibilidad» de los medios que pretendan ser adscritos a la ejecución del contrato, por la vía del artículo 76.2 de la LCSP, a efecto de su efectiva acreditación por la aplicación del artículo 150.2 en el momento previo a dictar el acuerdo de adjudicación. De este modo, ese compromiso será «fungible» cuando los medios personales o materiales ofrecidos puedan ser sustituidos por la adscripción de otros, siempre y cuando fueran del mismo tipo, requisitos y calidad (2068).

(2067) Esta circunstancia se ve agravada aun más, si cabe, porque el artículo 103.2, párrafo segundo, inciso final, de la LCSP dispone que «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». El Preámbulo del 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, señala a estos efectos que «Por último, el artículo 5, en consonancia con la Ley 2/2015, de 30 de marzo, trata específicamente los costes de mano de obra. Las variaciones de estos costes podrán trasladarse o incluirse, en su caso, en la revisión, pero ese traslado tendrá un límite máximo. Este límite será el incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público, conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado».

(2068) Por ejemplo, si se exige el compromiso de adscribir «2 ingenieros industriales con una experiencia determinada en los 5 últimos años», y así se efectúa por el licitador luego propuesto como adjudicatario, nada impediría que, si uno de dichos ingenieros se incapacita o simplemente incumple su compromiso con aquél, pueda sustituirlo por otro con la misma o mejor titulación, experiencia y demás requisitos exigidos en los PCAPS (Resolución del TACRC



Del mismo modo, se posibilitaría la prueba de la «disponibilidad de medios» a través de documentos privados (2069).

- En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución, la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71 de la LCSP.

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, que podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si esta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

En el mismo sentido de que el órgano de contratación conozca exactamente qué parte de va a subcontratar y con quién, es obligación del contratista principal notificar por escrito a este cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas.

- Como ya se ha señalado, 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.
- De conformidad con lo establecido en el artículo 75.4 de la LCSP, en los contratos de obras, en los contratos de servicios o en los servicios o trabajos

número 949/2019, de 14 de agosto). Lo mismo cabe decir de las cosas materiales que hubieran sido definidas en los PCAPS en función de la nota de la «fungibilidad» (Resoluciones del TACR números 747/2018, 749/2018, 343/2019, 660/2019, y 824/2019).

(2069) Resolución del TACRC número 4/2020, de 9 de enero. Así, por ejemplo, en relación con la nota de la «fungibilidad» de los medios a adscribir a la ejecución del contrato, si se presentasen contratos laborales diferentes a los declarados en un principio, con independencia de que el órgano de contratación tenga la facultad de comprobar la realidad de la modificación de dichos contratos, su subsanación sería posible perfectamente aportando los correspondientes contratos pues las modificaciones son eficaces desde que se acuerdan entre empresario y trabajadores y en los términos en los que las acuerdan, sin que se pueda exigir, además, la comunicación de las mismas a la autoridad laboral, porque este trámite no tiene carácter constitutivo.



de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los PCAPS que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal (2070). La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación (2071).

- El artículo 215.5 de la LCSP dispone que, 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.
- El artículo 215.6 de la LCSP establece que el contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

El artículo 215.3 de la LCSP dispone que la infracción de las condiciones establecidas en el artículo 215.2, 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 y en función de la repercusión en la ejecución del contrato, alguna de las siguientes consecuencias, cuando así se hubiera previsto en los PCAPS:

- La imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por ciento del importe del subcontrato (2072).
- La resolución del contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 211.1.f), párrafo segundo, de la LCSP.

c) *Responsabilidad*

Como ya se ha señalado, el artículo 215.4 de la LCSP dispone 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 al cumplimiento estricto de los PCAPS o del documento descriptivo, y a los términos del contrato.

(2070) Resolución del TACRC número 686/2022, de 7 de junio.

(2071) No podría ser suficiente, a juicio de los autores de esta obra, una cláusula del tipo «De conformidad con el artículo... los trabajos serán ejecutados directamente por la empresa adjudicataria del contrato, sin que exista posibilidad de subcontratación».

(2072) A juicio de los autores de esta obra, en consonancia con el régimen de penalidades que se contempla en los artículos 192 y 193 de la LCSP, debería referirse al importe del subcontrato «IVA excluido».

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados, en virtud de las comunicaciones a que se refiere el artículo 215.2.b) y c), o la autorización que otorgue cuando los contratos tengan 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, a tenor del artículo 215.2.d) de la LCSP, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

En relación con la responsabilidad que incumbe el contratista principal, es especialmente importante tener en consideración el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (artículo 201 de la LCSP), y el sometimiento a la normativa nacional y de la UE en materia de protección de datos (artículo 202.1, último párrafo, de la LCSP). En relación con dicho asunto, cabe señalar lo siguiente:

- El artículo 57.4.a), de la Directiva 2014/24/UE dispone que los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18.2 que establece que los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X. Dicho artículo 18.2 se recoge en el citado artículo 201, párrafo primero, de la LCSP cuando dispone que los «órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V».
- Sin embargo, los motivos de exclusión facultativos, previstos en el artículo 57.4.a) de la Directiva 2014/24/UE (2073) y relativos a que los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, cuando el poder adjudicador pueda demostrar, por cualquier medio apropiado, que se han incumplido obligaciones a

(2073) Por analogía, STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani y Guerrato*, C-178/16, EU: C:2017:1000, apartados 31 y 32.

que se refiere el artículo 18.2, es decir, las aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X(2074), no encuentran preceptos equivalentes expresos contenidos en la LCSP por lo que solamente se reenvía a lo previsto en el artículo 215.4, párrafo primero que, como ya se ha señalado, prevé que el contratista principal asumirá la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los PCAPS o documento descriptivo, y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, así como de la obligación al sometimiento a la normativa nacional y de la UE en materia de protección de datos.

A la vista de dicho artículo 215.4, párrafo primero, de la LCSP, se ha planteado si resultaría adecuada la exclusión de un contratista porque uno de los subcontratistas que había propuesto no cumplía la normativa en materia medioambiental, social o laboral.

A la cuestión planteada hay que contestar que una aplicación del artículo 215.4 de la LCSP que apostara por una exclusión automática del licitador por un incumplimiento de un subcontratista(2075), resulta incompatible con el artículo 57.4 y 6 de la Directiva 2014/24/UE y con el principio de proporcionalidad(2076), que constituye un principio general del Derecho de la UE, de modo que la aplicación de las normas nacionales no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva(2077). Por tanto, corresponderá a la entidad contratante proceder a valorar si, a la vista del artículo 57.6, párrafo primero, de la citada Directiva, el operador económico que se encuentre

(2074) Convenios de la Organización Internacional del Trabajo números 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; 29, sobre el trabajo forzoso; 105, sobre la abolición del trabajo forzoso; 138, sobre la edad mínima; 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación); 100, sobre igualdad de remuneración; y 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea). Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes (COP). Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional (PNUMA/FAO) (Convenio PIC), Rotterdam, 10 de septiembre de 1998, y sus tres Protocolos regionales.

(2075) STJUE de 30 de enero de 2020.

(2076) STJUE de 26 de septiembre de 2019, *Vitali*, C-63/18, EU: C:2019:787, apartado 39.

(2077) SSTJUE de 7 de julio de 2016, *Ambisig*, C-46/15, EU: C:2016:530, apartado 40, y de 8 de febrero de 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU: C:2018:78, apartado 32.

en alguna de las situaciones contempladas en el citado apartado 4 «podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación». En definitiva, se trata de un mecanismo de medidas correctoras (*self-cleaning*) que pone de relieve la importancia conferida a la fiabilidad del operador económico (2078).

F. Pagos a subcontratistas o suministradores

a) Régimen jurídico

La tutela del régimen de pagos entre contratista y subcontratista o suministrador, que se confía al órgano de contratación por parte del artículo 216 de la LCSP, siempre se vio con recelo porque, como ya señala el artículo 215.7 de la LCSP, la relación jurídica que subyace en el subcontrato es de naturaleza estrictamente privada (2079).

El artículo 216.1 y 2 de la LCSP dispone que el contratista está obligado a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en plazos, que no podrán ser más desfavorables que los 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, a contar desde la fecha en que tiene lugar la 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,

El artículo 216.3 de la LCSP establece que la aceptación o verificación de los bienes o servicios por el contratista principal deberá efectuarse en un plazo máximo de 30 días naturales desde la entrega de los bienes o la prestación del servicio. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma. En el caso de que no se realizase en dicho plazo, se entenderá que se han aceptado los bienes o verificado de conformidad la prestación de los servicios.

Como acaba de indicarse el artículo 216.2 de la LCSP 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 Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosi-

(2078) STJUE de 19 de junio de 2019, *Meca*, C-41/18, EU: C:2019:507, apartados 40 y 41.

(2079) SSTs de 10 de febrero de 1990 y de 18 de diciembre de 1996, SAN de 18 de mayo de 2007, e Informe JCCA número 62/2006, de 26 de marzo de 2007.

dad 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, actual artículo 198.4 de la LCSP («Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 216.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda»), se rompe la equiparación que se hacía entre el plazo para pagar por la Administración al contratista con el plazo para que este lo haga a sus subcontratistas o suministradores. Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor de la LCSP, la remisión genérica que hace el artículo 216.2 a la Ley 3/2004 ha supuesto la pérdida del automatismo que existía en la aplicación del plazo del artículo 198.4 a ambos casos. Efectivamente, el artículo 4.1 y 3 de la Ley 3/2004 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. Cuando en el contrato se hubiera fijado un plazo de pago, la recepción de la factura por medios electrónicos producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado.
- 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.

Lo anterior 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 naturales 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 un 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 PCAPS 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 naturales 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 de 1 mes que se establece en el artículo 210.2 de la LCSP, se conseguiría 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.

El artículo 216.4 de la LCSP dispone que, en caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora (2080) y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la citada Ley 3/2004 (2081), siempre que estos últimos se encuentren «debidamente acreditados», lo que implica la necesidad de aportar «justificantes concretos e individualizados de los gastos» (2082).

El artículo 216.5 de la LCSP establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 69 bis del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (2083), aprobado por Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, sobre la remisión electrónica de los registros de facturación, los subcontratistas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 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 (en lo sucesivo LFE), deberán utilizar en su rela-

(2080) Resolución de 30 de diciembre de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2022 (BOE número 314, de 31 de diciembre), establece que, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.tres de la Ley 11/2013, el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el primer semestre natural de 2022 es el 8,00 por ciento.

(2081) 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 con 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 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 PCAPS 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.

(2082) SAN de 28 de mayo de 2021, con cita de las SSAN de 14 de enero de 2009, de 30 de enero de 2014, de 30 de junio de 2017 y de 18 de febrero 2019.

(2083) Dirección General de Tributos, consulta vinculante número V2628/2017, de 13 octubre.

ción con el contratista principal la factura electrónica (2084), cuando el importe de la misma supere los 5.000 euros (2085), que deberán presentar al contratista principal a través del Registro a que se refiere la disposición adicional trigésima segunda.3, a partir del 30 de junio de 2018. Por debajo del citado importe, será facultativo para los subcontratistas la utilización de la factura electrónica y su presentación en el Registro citado.

Respecto al citado artículo 216.5 se ha planteado si, al citar solamente a los «subcontratistas» olvidándose de los «suministradores», está queriendo distinguir que solamente aquéllos estarían obligados a presentar las facturas a través del Registro a que se refiere la disposición adicional trigésima segunda.3 de la LCSP. El artículo 216.1 de la LCSP consagra la finalidad que persigue el precepto en su conjunto y dispone que el contratista está obligado a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que marca, concretando en los apartados siguientes las medidas oportunas a fin de evitar la morosidad en los pagos. Estas medidas afectan a los plazos del pago

(2084) Circular 1/2018, de 23 de enero, de la Intervención General de la Administración del Estado, en la que aborda la manera de conciliar las dudas existentes, respecto al colectivo de obligados al uso de la factura electrónica, dado el distinto ámbito subjetivo previsto en el artículo 4.1 de la LFE, de 27 de diciembre, de Impulso de la Factura Electrónica, y el previsto en el artículo 14 de la LPACAP, que se refiere a los sujetos obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo. A la vista de ello, la cuestión se circunscribe a determinar si debe prevalecer el «criterio de especialidad» (LFE) o el «criterio cronológico» (LPACAP hubiera derogado la LFE). La citada Circular se decanta por aplicar el «criterio de especialidad» porque, aunque ambas normas responden a un mismo espíritu y finalidad (el impulso de la «Administración digital»), sin embargo, por un lado, la LFE regula un sector concreto de relaciones («las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas»), en orden a alcanzar unos objetivos y resultados específicos para lo que establece unos requisitos adicionales y un procedimiento especial, por lo que como Ley especial no puede extender su aplicación en dichas singularidades a sujetos no incluidos expresamente en su ámbito, y, por otro, porque la regulación de la facturación electrónica en el ámbito de las relaciones contractuales, como sector singular y por tanto, con una normativa específica que contemple todas las especialidades es también el tratamiento que se da en el ámbito del Derecho comunitario (Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, y la Decisión de Ejecución (UE) 2017/1870 de la Comisión, de 16 de octubre de 2017, sobre la publicación de la referencia de la norma europea sobre facturación electrónica y la lista de sus sintaxis de conformidad con la citada Directiva 2014/55/UE).

Por ello, la citada Circular concluye que, de considerarse necesario extender el ámbito de obligados previsto en el artículo 4 de la LFE al del artículo 14 de la LPACAP, sería preferible efectuarlo mediante reforma normativa de acuerdo con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, máxime cuando se prevé su revisión a la luz de las nuevas disposiciones comunitarias.

(2085) El inciso final 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.



y a la forma de acreditar la realización de la prestación, en este caso a través de la factura electrónica presentada ante el Registro. Por esta razón, si el hecho de que el artículo 216.5 solo mencione de modo expreso a los «subcontratistas» permitiera concluir que solo estos, y no los «suministradores», estarían obligados a presentar las facturas a través del Registro a que se refiere la disposición adicional trigésima segunda.³ de la LCSP, el artículo 216.1 carecería de lógica, y ello nos llevaría, por ejemplo, a concluir que solamente a los «subcontratistas» les estaría impedido renunciar válidamente a los derechos que ese artículo les reconoce, porque así lo establece el artículo 216.6 que tampoco menciona a los «suministradores». Teniendo en cuenta lo anterior, que responde a una interpretación lógica y sistemática de la norma, se puede concluir que el Legislador utiliza los términos «subcontratistas» y «suministradores» con efectos equivalentes en la esfera de acción propia del artículo 216 LCSP en la medida en que ambos quedan incluidos en el concepto genérico de «proveedor» (2086) que emplea el artículo 4 de la LFE debiendo, tanto unos como otros, presentar la factura electrónica (2087).

El artículo 216.6 de la LCSP dispone que los subcontratistas no podrán renunciar válidamente, antes o después de su adquisición, a los derechos que tengan reconocidos por el artículo 216, sin que sea de aplicación a este respecto el artículo 1110 del Código Civil que señala 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 1110 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 (2088).

b) Tutela de los pagos

En cuanto a la tutela del régimen de pagos entre contratista y subcontratista o suministrador 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» (si se reúnen las condiciones del artículo 217.2, párrafo primero, de la LCSP) y, en otros, la «posibi-

(2086) Informe JCCPE número 70/2018.

(2087) Informe JCCPE número 116/2018.

(2088) Por todas, STS de Sentencia número 609/2017 de 15 noviembre.

lidad» de llevar a cabo actuaciones de comprobación de los pagos que realice el contratista a los subcontratistas o suministradores (si no se reúnen las condiciones del artículo 217.2, párrafo primero, de la LCSP).

El artículo 217.1 de la LCSP dispone que las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes (2089) podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas (2090) de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 12, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos.

En tal caso, los contratistas remitirán al ente público contratante, cuando este lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago.

Asimismo, deberán aportar, a solicitud del ente público contratante, justificante del cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 216 (2091) y 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 lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que en todo caso se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes PCAPS o en los contratos, se consideran condiciones especiales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos, respondiendo la garantía definitiva de las penalidades que se impongan por este motivo.

Respecto al pago de las mencionadas penalidades con cargo a la garantía definitiva, es preciso indicar que, para que sea posible, resultará imprescindible que no hubiera sido aplicado el párrafo segundo del artículo 107.2 de la LCSP que permite que, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el

(2089) Esta facultad se extiende, por tanto, a todos los contratos públicos sean administrativos, celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública, como privados, realizados por un Poder Adjudicador No Administración Pública o por un No Poder Adjudicador.

(2090) Aunque el artículo 217.1 de la LCSP 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».

(2091) 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.

órgano de contratación pueda eximir al adjudicatario de la obligación de constituir dicha garantía, justificándolo adecuadamente en el PCAPS, 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). 1.º y 2.º de la LCSP.

El artículo 217.2 de la LCSP dispone que las actuaciones de comprobación y de imposición de penalidades por el incumplimiento previstas en el artículo 217.1, 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 millones de euros y en los que el importe de la subcontratación sea igual o superior al 30 por ciento del precio del contrato (2092), en relación con los pagos a subcontratistas que hayan asumido contractualmente con el contratista principal el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra.

G. Pago directo a subcontratistas o suministradores

El artículo 215.8 de la LCSP dispone que, sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional quincuagésima primera 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 (2093), salvo en el caso de que en

(2092) A juicio de los autores de esta obra, en consonancia con el régimen de penalidades que se contempla en los artículos 192 y 193 de la LCSP, debería referirse al importe del subcontrato «IVA excluido».

(2093) 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 negado el ejercicio de acción directa del subcontratista frente a la Administración por los 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 este 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).

los PCAPS se prevea que se realicen pagos directos a los subcontratistas, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional quincuagésima primera de la LCSP (2094), que, a tenor del apartado 1, dispone que será posible hacerlo siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 215. El apartado 2 de dicha disposición adicional quincuagésima primera establece que el subcontratista, que cuente con la conformidad para percibir pagos directos, podrá ceder sus derechos de cobro conforme a lo previsto en el artículo 200 de la LCSP.

La disposición adicional quincuagésima primera.3 de la LCSP dispone que 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.

El apartado 4 de dicha disposición adicional quincuagésima primera establece que, 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.

(2094) La disposición adicional quincuagésima primera.5 de la LCSP dispone 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».



Séptima Parte

RÉGIMEN DE RECURSOS

1. DUALIDAD DEL SISTEMA

En relación con la controversia del retraso en la adaptación del sistema de recursos de las Directivas europeas a nuestra legislación, procede la remisión a nuestra anterior obra (2095), para centrar el análisis en las cuestiones que se han planteado al adoptarse un sistema de recurso dual en nuestra legislación de Contratos Públicos a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Como quiera que esta obra tiene una finalidad didáctica, la exposición de esta materia parte del estudio de lo genérico a lo particular y del criterio de las cuantías establecidas en el artículo 44.1 de la LCSP, distinguiendo entre los recursos administrativos ordinarios sujetos a la LPACAP y el REMC.

A. Recursos ordinarios en vía administrativa

a) Ámbito de aplicación

Cuando la LCSP no posibilite la utilización del REMC, el interesado podrá interponer los recursos administrativos de alzada, potestativo de reposición o directamente recurso contencioso-administrativo.

(2095) CANALES GIL, A., y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público* pp. 645 a 697. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-100.



Sin embargo, conviene distinguir lo siguiente en función de la naturaleza de cada órgano de contratación:

– Poder Adjudicador Administración Pública (2096).

Sin perjuicio de lo que se va a señalar a continuación en relación con el REMC, 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, serán objeto de recurso administrativo ordinario, en virtud de lo señalado en la LPACAP, y podrá basarse en cualquier causa de invalidez (2097).

Se trata, en definitiva, de los tradicionales recursos administrativos de alzada y de reposición que animaron equívocamente a que el Legislador español, en la transposición de las Directivas Comunitarias que tuvo lugar en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, afirmara que «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». Las consecuencias ya se conocen, toda vez que nuestro país fue condenado en varias ocasiones por el TJUE (2098), precisamente, por la ausencia de dicha transposición.

– Poder Adjudicador No Administración Pública.

Dentro de este ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP se incluyen tanto las entidades de naturaleza jurídico-pública como de naturaleza jurídico-privada, si

(2096) El artículo 44.6 de la LCSP establece que los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública, que no sean susceptibles de REMC por no reunir los requisitos previstos en el artículo 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 LJCA.

(2097) Artículos 38 y siguientes de la LCSP, en relación con los artículos 47 y 48 de la LPACAP.

(2098) STJUE de 15 de mayo (Asunto C-214/00) y de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-283/00). 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 estas, 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

bien se da la paradoja de que, pese a no tener la condición de Administración Pública conforme a las previsiones de la LPACAP, resulta de aplicación su régimen de recursos administrativos produciéndose, en consecuencia, un fenómeno de «administrativización» (2099) de los acuerdos contractuales de entidades que no son Administración Pública.

Por otra parte, se suscita una cuestión a la luz del artículo 44.6 de la LCSP al no especificar si cabe recurso de alzada o potestativo de reposición, cuando señala que se impugnarán los actos en vía administrativa [...] «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». 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 (2100).

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 con 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).

(2099) GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E., y Álvaro Montero, A. (coordinador), «Actuaciones Previas a la inicialización del procedimiento», en *Abogacía y proceso contencioso-administrativo*, p. 209, señala que «No hay que confundir la naturaleza con la actividad. Una entidad de naturaleza jurídico-pública podrá realizar actuaciones sometidas al derecho administrativo cuando actúa en su faceta pública, y actuaciones sometidas al derecho privado (sin perjuicio del reducto siempre administrativo que se conoce como actos separables y que sustancialmente afecta a su formación de voluntad) cuando actúe en su faceta privada, sin que esta última circunstancia (actuar sometida al derecho privado) varíe o altere su naturaleza jurídico-pública». Actuaciones Previas a la inicialización del procedimiento, p. 209, en obra conjunta «Abogacía y proceso contencioso-administrativo».

(2100) 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, como en este caso, excepciones recogidas en una norma con rango legal. A la tramitación de este recurso de alzada, no obstante, sí se apli-

En este caso, a juicio de los autores de esta obra, se trata de un «recurso de alzada impropio», ya que se interpone ante quien no es superior jerárquico de quien adoptó la resolución impugnada.

– Entidad que No es Poder Adjudicador.

No se regulan por el artículo 44.6 de la LCSP, sino por el artículo 321.5 de la LCSP cuando dispone que: [...] «Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 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».

Del literal de la LCSP se desprende que los No Poderes Adjudicadores se encontrarán en el mismo caso, a estos efectos, que los Poderes Adjudicadores No Administraciones Públicas.

b) *Legitimación*

Al tratarse de recursos administrativos ordinarios, resulta de aplicación lo señalado en el artículo 4 en relación con el artículo 112.1 de la LPACAP, que señalan que podrán interponer recursos administrativos los interesados, bastando con que tengan legitimación para interponerlo, es decir, que sean titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos que pudieran resultar afectados por el acto recurrido.

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 (2101) y a la luz de su análisis en función de cada caso concreto (2102).

carán las restantes normas de la LPACAP que regulan aquellos aspectos propios del recurso de alzada que no están descritas en la LCSP, por expresa exigencia de la norma especial.

(2101) 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».

(2102) 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 las que se afirma 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...».

La doctrina jurisprudencial del concepto «interés legítimo» en el ámbito administrativo (2103) que incluye toda situación jurídica individualizada que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita. Se extiende al interés que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados, y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese «su interés propio» (2104).

Por tanto, el «interés legítimo» abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Se ha venido considerando que, para que pueda apreciarse la legitimación para la impugnación de resoluciones administrativas en materia contractual, debe deducirse el «interés legítimo» de la participación en la licitación, sin que la condición de interesado sea equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo (2105). A tal efecto, tendrán capacidad para interponer recursos administrativos ordinarios quienes legítimamente estén reconocidos en el proceso contractual, es decir, quienes manifiesten que tiene poderes bastantes y suficientes de representación, en función de lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la LPACAP.

c) Acceso al expediente

Como ya se ha analizado en esta obra, el acceso al expediente de contratación es uno de los puntos más controvertidos en el trabajo diario de los órganos de contratación, en tanto que su concesión generalizada puede dar lugar a la invalidez del propio contrato.

Se produce un enfrentamiento entre dos intereses contrapuestos. Por un lado, el derecho a conocer el expediente lo que redundará en un mejor planteamiento del recurso, y, por otro, el deber que pende sobre el órgano de contratación para velar por la confidencialidad de la oferta presentada por el licitador. Todo ello,

(2103) Resolución del TACRC número 316/2021, de 31 de marzo.

(2104) SSTs de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, entre otras.

(2105) Por todas, Resoluciones del TACRC números 237/2011, de 13 de octubre, 22/2012, de 18 de enero, 107/2012, de 11 de mayo, y 250/2016, de 8 de abril.

fruto del «levantamiento del velo» que propugna el artículo 155.1 de la LCSP, en contra de lo dispuesto en el artículo 133.1, párrafo primero, y 155.3 de la LCSP:

El artículo 155.1 dispone lo siguiente:

«Los órganos de contratación informarán a cada candidato y licitador en el plazo más breve posible de las decisiones tomadas en relación con la celebración de un acuerdo marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido no celebrar un acuerdo marco, no adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o volver a iniciar el procedimiento, o no aplicar un sistema dinámico de adquisición».

Por el contrario, el artículo 133.1, párrafo primero, de la LCSP establece lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores» (2106).

Finalmente, el artículo 155.3 de la LCSP dispone lo siguiente:

«Los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos, mencionados en los apartados 1 y 2, relativos a la adjudicación del contrato, la celebración de acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición,

(2106) Por esta razón, la práctica del órgano de contratación debe garantizar, incluso con diligencias adicionales de preguntas a las partes, que ambos derechos queden garantizados. De lo contrario, se iría en contra del espíritu de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) transpuesta por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. Asimismo, el 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, establece el deber de secreto en el artículo 52,12. Por último, señalar que Título XIX del Libro II del Código Penal, de *Delitos contra la Administración pública*, en su capítulo IV (artículos 413 a 418), sobre la «Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos», protege los deberes de sigilo y seguridad en la custodia de la documentación contractual.

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».

Por lo tanto, como ya se ha señalado en esta obra, el derecho de acceso se puede producir en dos momentos diferentes, primero, en relación con el expediente de contratación en el que estarán incluidas las ofertas presentadas por los licitadores (artículo 133.1 párrafo primero de la LCSP), y, segundo, en el momento en el que un licitador reclame acceder a la información del licitador que ha sido seleccionado como la mejor oferta (artículo 155.3 de la LCSP). En un caso, el órgano de contratación habrá de tener en cuenta la «información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta», y, en el otro, deberá comunicar la petición de información al adjudicatario para que, motivadamente, señale si el acceso a la citada información por parte de otros licitadores pudiera «perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada empresa, pública o privada, o perjudicar la competencia leal entre empresarios» (artículo 155.3 de la LCSP) para que, una vez efectuado dicho trámite, en el ejercicio de sus funciones discrecionales, pueda decidir si la divulgación de la mencionada información vulneraría el derecho del adjudicatario contenido en el precitado artículo 155.3.

Por lo que se refiere al acceso al expediente en sede del REMC, el artículo 52.1 de la LCSP, como no podía ser de otro modo, dispone que «Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, 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 Ley».

De este modo, cabe afirmar que ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad. El principio de confidencialidad es una excepción al principio de acceso al expediente que se configura como una garantía del interesado en el momento de recurrir. Como tal excepción debe hallarse justificada por la necesidad de protección de determinados intereses, correspondiendo a quien ha presentado los documentos, cuyo acceso se quiere limitar, la carga de declarar su confidencialidad (2107).

Como ya se ha señalado en esta obra, la STJUE de 7 de septiembre de 2021, ha venido a fijar doctrina sobre cómo acceder a la información, con qué limitaciones, a qué datos se puede dar acceso, y si debe admitirse, sin más, la declaración de confidencialidad. Así se puede concluir que el poder adjudicador no está en la obligación en dar conocimiento de la oferta de un competidor cuando se infrinjan las normas de confidencialidad, que la decisión denegatoria ha de

(2107) Resolución del TACRC número 855/2019.

estar motivada, y que no puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (2108).

(2108) STJUE (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Lietuvos Aukščiausiasis Teismas –Lituania–*) *UAB Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* (Asunto C-927/19). Fallo:

«5) El artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, y el artículo 1, apartados 3 y 5, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, así como el artículo 21 de la Directiva 2014/24, a la luz del principio general del Derecho de la Unión a una buena administración, deben interpretarse en el sentido de que un poder adjudicador ante el que un operador económico haya presentado una solicitud de comunicación de información considerada confidencial que figura en la oferta de un competidor al que se haya adjudicado el contrato no está obligado a comunicar esa información cuando su transmisión lleve a infringir las normas del Derecho de la Unión relativas a la protección de la información confidencial, aun cuando la solicitud del operador económico se presente en el marco de un recurso interpuesto por ese mismo operador en relación con la legalidad de la apreciación, por el poder adjudicador, de la oferta del competidor. Cuando se niegue a transmitir esa información o cuando, al tiempo que deniegue tal transmisión, desestime el recurso administrativo presentado por un operador económico en relación con la legalidad de la apreciación de la oferta del competidor de que se trate, el poder adjudicador estará obligado a ponderar el derecho del solicitante a una buena administración con el derecho del competidor a la protección de su información confidencial, de modo que su decisión denegatoria o su decisión desestimatoria esté motivada y el derecho a la tutela judicial efectiva del licitador excluido no quede privado de efecto útil.

6) El artículo 1, apartado 1, párrafo cuarto, y el artículo 1, apartados 3 y 5, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2014/23, así como el artículo 21 de la Directiva 2014/24, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional competente que conoce de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega la comunicación a un operador económico de la información considerada confidencial que figura en la documentación transmitida por el competidor al que se haya adjudicado el contrato o bien de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se desestima el recurso administrativo interpuesto contra esa decisión denegatoria está obligado a ponderar el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva con el derecho de su competidor a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales. A tal efecto, ese órgano jurisdiccional, que debe disponer necesariamente de la información requerida, con inclusión de la información confidencial y los secretos comerciales, para poder pronunciarse con pleno conocimiento de causa sobre si dicha información puede comunicarse, debe proceder a un examen de todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes. También debe poder anular la decisión denegatoria o la decisión desestimatoria del recurso administrativo si estas son ilegales y, en su caso, devolver el asunto al poder adjudicador, o incluso adoptar por sí mismo una nueva decisión si su Derecho nacional lo autoriza».

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CA0927&from=EN>. Luego, el poder adjudicador una vez que se le ha requerido la solicitud de acceso, como señala el Abogado General en los puntos 40 y 41 de sus conclusiones tiene que comprobar que: «[...] tal operador debe demostrar el carácter verdaderamente confidencial de la información a cuya divulgación se opone. [...] Si alberga dudas acerca del carácter confidencial de la información transmitida por dicho operador, antes incluso de adoptar una decisión por la que se autorice el acceso a esa información en



d) *Impugnación en vía administrativa*

1. Introducción

Señala el artículo 44.6, párrafo primero, de la LCSP que «Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa».

De acuerdo con ello, si el acto no ha causa estado en vía administrativa, se puede interponer recurso de «Alzada» en función del órgano que adopta el acto, y, si por el contrario el acto sí causó estado en dicha vía, se podrá o bien interponer recurso potestativo de «Reposición» o bien acudir directamente a la interposición del recurso «Contencioso-administrativo».

Una diferencia importante frente al REMC, es que, a tenor del artículo 117 de la LPACAP, la interposición de cualquier recurso en esta vía, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante, el órgano a quien compete resolver el recurso podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado. Para ello, previamente ha de hacer una ponderación suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión, así como el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido. Para ello, deberán concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la LPACAP.

La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido 1 mes desde que la solicitud de suspensión ha tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente, este órgano no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto.

Otro hito para destacar, al dictar el acuerdo de suspensión, es que podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

favor del solicitante, *debe permitir al operador afectado aportar pruebas adicionales* para garantizar el respeto del derecho de defensa de este último» (la cursiva es de los autores de esta obra).

las Administraciones Públicas 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» (2111).

(2111) Es clarificador el Informe de la Abogacía General del Estado de 5 de noviembre de 2019, sobre la determinación del departamento ministerial, órgano, ente u organismo competente para resolver el recurso previsto en el artículo 321.5 de la Ley 9/17, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público frente a los actos de preparación y adjudicación de los contratos licitados por un no poder adjudicador (en este caso, la Sociedad Estatal Ingeniería y Economía del Transporte, M. P., S. A. (INECO) que está participada, por porcentaje de participación, por ENAIRE, ADIF Alta Velocidad, RENFE – Operadora y ADIF). Respecto de dicho asunto, conocido doctrinalmente como «recurso de alzada impropio», concluye lo siguiente:

1. La expresión «ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela» del artículo 321.5 LCSP y, en idéntico sentido, del artículo 44.6 de este texto legal) ha de identificarse necesariamente con una Administración Pública o con una entidad del sector público de naturaleza jurídico-pública que, en resolución de ese recurso de alzada impropio, dicte un acto administrativo susceptible de ser ulteriormente impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
2. En caso de que la entidad autora del acto impugnado esté sometida a sucesivos grados de control (directo e indirecto) dentro del sector público estatal, habrá que entender que la competencia para resolver el recurso de alzada impropio corresponde a la Administración o entidad pública de la que aquella más inmediata o directamente dependa, pues esa vinculación funcional más directa y estrecha permite presumir una mayor especialización *ratione materiae* con el objeto de los eventuales recursos de alzada impropios.
3. En el caso de sociedades estatales, y en defecto de una atribución de tutela expresa en favor del Ministerio cuyas competencias guarden una relación específica con el objeto social de la sociedad, los artículos 116.2 de la 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y artículo 176.2 de la 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas atribuyen expresamente al Ministerio de Hacienda las facultades que dichas leyes otorgan «para la supervisión de la actividad de la sociedad», facultades que se han de entender referidas al control de eficacia y a la supervisión financiera de la sociedad, pero no a la resolución del recurso de alzada impropio del artículo 321.5, siendo lógico entender que esta última competencia corresponde al Departamento ministerial o entidad pública de la que directa e inmediatamente dependa dicha sociedad, entendida esta dependencia en el sentido de vinculación o relación *ratione materiae*, esto es, en atención a la vinculación o relación determinada por las funciones, competencias o cometidos del Departamento ministerial o entidad pública y las funciones o cometidos de la sociedad estatal (objeto social).
4. Dadas las dificultades que suscita la interpretación de las reglas de los artículos 44.6 y 321.5 de la LCSP, se aconseja, en aras de la necesaria claridad y seguridad jurídica, que en el

El artículo 115 de la LPACAP dispone lo siguiente:

- «1. La interposición del recurso deberá expresar:
 - a) El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.
 - b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
 - c) Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
 - d) Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su correspondiente código de identificación.
 - e) Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.
2. El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.
3. Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado».

Con relación a los plazos, el artículo 122 de la LPACAP dispone lo siguiente:

«1. El plazo para la interposición del recurso de alzada será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos.

Si el acto no fuera expreso el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo.

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 24.1, tercer párrafo.

3. Contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión, en los casos establecidos en el artículo 125.1.» (2112).

3. Recurso Potestativo de Reposición.

En cuanto al «Recurso de Reposición» la diferencia fundamental con el «Recurso de Alzada», como ya se anticipado, es que se interpone potestativamente ante

Reglamento que se promulgue en ejecución de dicho texto legal se precise la regla de competencia para resolver los recursos de alzada impropios establecidos en dichos preceptos.

(2112) Quedando expedita la vía para el acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa y ante el mismo órgano que los hubiera dictado(2113).

El artículo 124 de la LPACAP dispone lo siguiente:

«1. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

Si el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

2. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes.

3. Contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso».

Por tanto, es preciso destacar lo siguiente:

- Al igual que el recurso de alzada, el plazo para la interposición del recurso de reposición será de 1 mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.
- No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso por silencio administrativo negativo.

B. Recurso especial en materia de contratación

a) Naturaleza jurídica

El artículo 44 de la LCSP, al igual que hacía el artículo 40 del TRLCSP, 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 (2114).

(2113) Artículo 123 de la LPACAP.

(2114) Artículo 44.5 de la LCSP. Se ha suprimido la referencia 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

- No se dará el REMC en el caso de que el expediente de contratación se hubiese tramitado, a tenor del artículo 120 de la LCSP, por el trámite de emergencia (2115).
- 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 (2116).

En relación con 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 (2117). 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 2 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.

- La interposición del REMC tendrá carácter potestativo (2118), ya que los interesados podrán, si lo estiman oportuno, acudir directamente a la vía contencio-

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. Resulta imprescindible que se agote la vía administrativa porque contra la resolución del REMC solamente procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 25.1 de la LJCA).

(2115) Artículo 44.4 de la LCSP.

(2116) Artículo 44.3 de la LCSP. En relación con estas irregularidades no invalidantes, es preciso tener en cuenta lo previsto en los artículos 52, sobre convalidación, y 109, en relación con la revocación de actos y rectificación de errores, de la LPACAP.

(2117) Disposición derogatoria de la LCSP. En este sentido se manifestaron los asistentes al I Encuentro de Coordinación entre los Órganos 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.

(2118) STSJ de la Comunidad de Madrid de 29 de noviembre de 2013.



so-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 artículo 44.7 de la LCSP, se adiciona la nota de la gratuidad para los recurrentes.

b) Ámbito de aplicación

1. Objetivo

Es preciso destacar 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.

El artículo 44.2 de la LCSP dispone que podrán ser objeto del REMC las siguientes actuaciones:

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

En relación con ello, se ha planteado si la posibilidad de interponer el REMC quedaría frustrada si el licitador no hubiera recurrido en tiempo y forma los pliegos que rigen la licitación (2119). 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 oferta económicamente más ventajosa, pretenden garantizar que tal adjudicación se realice en condiciones de absoluta igualdad entre todos los licitadores, conforme a los principios de no discriminación y transparencia consagrados en la normativa contractual (2120). En consecuencia, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los pliegos, como resulta de los 122 a 124 de la LCSP. De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deban ser, en principio, excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (2121). En este sentido, el artículo 139 LCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, señala que «las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. [...] Las propo-

(2119) Resolución del TACRC número 807/2020, de 10 de julio.

(2120) Resolución del TACRC número 175/2011.

(2121) Resoluciones del TACRC números 208/2014 y 737/2014.

sión de un licitador o de la adjudicación del contrato, se planteara un recurso especial «indirecto» contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permitiera al órgano de contratación, de modo arbitrario, adjudicar el contrato o excluir a un licitador (2124). Para que ello sea posible, «... deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva» (2125).

- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación [por ejemplo, los fallos de la PCSP (2126)], siempre que estos 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 (2127). En todo caso se considerará que concurren las circunstancias ante-

de la ilicitud de los pliegos por la ausencia de criterios de valoración de las ofertas, puede ser una causa de nulidad de pleno Derecho. En este sentido, el artículo 50.1.b), párrafo cuarto, de la LCSP que prevé lo siguiente: «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».

(2124) STJUE de 12 de marzo de 2015 y Resoluciones del OARC números 129/2015, 144/2015, 41/2016, y 9/2017.

(2125) STS de 22 de marzo de 2021.

(2126) Resolución del TACRC número 680/2018, de 12 de julio, en la que interpreta de manera flexible el objeto del recurso 44.2 a) de la LCSP admitiéndolo cuando no se recurre una cláusula del pliego sino el funcionamiento de la propia PCSP por la imposibilidad de subir determinados documentos. Lo admite porque entiende que se ha recurrido un acto de trámite que ha determinado la imposibilidad de continuar el procedimiento, en este caso sería no tanto de continuar como de iniciar el procedimiento, ante la falta de respuesta escrita del órgano de contratación ante los correos remitidos al mismo para poder presentar la documentación.

(2127) Resolución del TACRC número 967/2020, de 11 de septiembre, recuerda que la interposición del recurso especial frente al acuerdo de exclusión (artículo 44.2 b) de la LCSP) «admite dos formas de impugnación, bien directamente contra el acuerdo de exclusión, bien contra la propia adjudicación, pero ambas posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario y así, si la Mesa de Contratación notifica debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, el plazo contará desde el conocimiento de la exclusión; en cambio, si no se notifica por la Mesa de Contratación formalmente la exclusión, el licitador puede impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación. En el presente caso, consta la notificación de la exclusión en el propio acuerdo de la adjudicación por lo que necesariamente ha de respetarse el plazo de interposición en el plazo de 15 días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación».

Resolución del TACRC número 592/2021, de 21 de mayo, en la que analiza un caso muy especial a juicio de los autores de esta obra, ya que se interpone en relación con unos pliegos en los que los criterios de adjudicación basados en el sistema de calidad-precio se fijan, al amparo del artículo 146.3, párrafo segundo, de la LCSP, en fases, y se interpone el REMC contra la notifi-

rios 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 (2128).

– Los acuerdos de adjudicación.

cación del acuerdo de rechazo acordado por la mesa de contratación que asume el criterio del informe técnico, pero antes de que hubiera sido notificado al licitador en concreto el acuerdo de exclusión de su oferta por no superar el umbral establecido al efecto, solicitando solamente que «se justifique la puntuación asignada por los criterios sujetos a juicio de valor».

En relación con este supuesto, el Tribunal estima el mismo en base al siguiente razonamiento: «En efecto, se presenta el recurso con el sólo conocimiento del acuerdo de la mesa..., que asume el resultado de las valoraciones del informe técnico, sin aportar mayor explicación al respecto. Puesto que el acuerdo de rechazo notificado no se encontraba motivado, circunstancia que es la que pone de manifiesto el recurrente, se considera que, con el fin de no causar indefensión al recurrente y aportar seguridad jurídica en cuanto al cómputo de los plazos para la interposición del recurso, debe notificarse al recurrente nuevamente la exclusión convenientemente motivada (incorporando el informe de valoración de ofertas o remitiéndose al contenido del mismo, una vez publicado), para que por el recurrente se pueda interponer recurso suficientemente fundado». (2128) La impugnación subsidiaria ha sido tratada en la Resolución del TACRC número 906/2020, de 26 de agosto, en la que en un suministro de vestuario de trabajo analiza la posible falta de legitimación activa de un recurrente por dos motivos:

1. Al haber sido previamente excluido del procedimiento su oferta sin que haya recurrido el acuerdo de exclusión citando al respecto el criterio de este Tribunal contenido en la Resolución número 1239/2019, de 4 de noviembre:

El Tribunal señala:

«El recurrente, sí está legitimado al haber sido precisamente su oferta la excluida por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP, pues trata de impugnar a través de la propuesta de adjudicación su propia exclusión, tal como se expondrá a continuación. Pero además la oferta económica realizada por la empresa mejor valorada por este criterio de adjudicación asciende a 223.522,63 €, por lo que alegando la recurrente que su oferta es de 213.814,94 €, resulta evidente que de no haber sido excluida sería la mejor valorada económicamente, por lo que tiene una expectativa razonable de ser adjudicataria en función de la valoración que merezca su oferta técnica, la cual no consta en el expediente por haber sido dicha oferta excluida».

2. El recurso se ha presentado contra un acto de trámite no cualificado o que por sí mismo es irrecurrible como ocurre con la propuesta de adjudicación:

El Tribunal señala:

«Tercero.–El acto que es objeto de recurso es formalmente la propuesta de adjudicación formulada por la Mesa de Contratación en su sesión de 23 de junio de 2020. Sin embargo, el acto por el que se clasifican las ofertas y se determina la oferta económicamente más ventajosa constituye un acto de trámite que no es susceptible de ser impugnado mediante el recurso especial en materia de contratación pues no se encuentra entre los supuestos regulados en este artículo 44.2.b) de la



- 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.
- La formalización de encargos a medios propios en los casos en que no cumplan los requisitos legales.
- Los acuerdos de rescate de concesiones.

Fuera de los supuestos señalados en el artículo 44.2 de la LCSP, el REMC será inadmitido por falta de competencia como, por ejemplo, sería el caso de un contrato de contenido patrimonial como una autorización demanial consistente en la explotación de las instalaciones que ocupan el dominio público (2129).

LCSP. Estos actos previos a la adjudicación son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables, sino que no son impugnables separadamente. Después de que el licitador propuesto como adjudicatario presente la documentación requerida, y se produzca la adjudicación conforme establece el artículo 151 de la LCSP, notificándose al resto de licitadores y publicándose en el perfil de contratante, es cuando se dicta el acto definitivo del procedimiento y será cuando podrá interponer el recurso».

«Cuarto.–Otra cosa muy distinta es la posibilidad de impugnar el acuerdo de exclusión de forma autónoma, algo que según el órgano de contratación no lo ha hecho el recurrente, con las consecuencias de carencia de legitimación activa derivadas de tal circunstancia para los actos posteriores».

Frente a dicho razonamiento, el Tribunal señala:

- Que, si el acto de exclusión se notificó correctamente y la resolución cumplía todos los requisitos legales habiéndose interpuesto el recurso en tiempo y forma, no cabe entender que el recurso se interpuso contra la propuesta de adjudicación (acto de trámite no cualificado) porque así, por un error en la designación del acuerdo impugnado, se haga contar en el mismo, cuando queda claramente deducido de éste que lo que se impugna materialmente es su propia exclusión.

Los principios *pro actione* y antiformalista propios del derecho administrativo, del que da buena cuenta el artículo 115.2 de la LPACAP, abonan la decisión de admitir a trámite el recurso interpuesto como impugnación del acuerdo de exclusión y su presentación dentro del plazo previsto en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Si no se notificó debidamente la exclusión, ésta admite dos formas de impugnación, bien directamente contra el acuerdo de exclusión, bien contra la propia adjudicación, pero ambas posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario.

(2129) Resolución del TACRC número 637/2018, de 6 de julio, especifica la falta de competencia del mismo en relación con una autorización demanial consistente en la explotación de las instalaciones que ocupan el dominio público marítimo terrestre (artículo 9.1 de la LCSP), aún cuando se prevea la prestación adicional de servicios accesorios, como son los de salvamento y limpieza, pues ello no altera la calificación jurídica del contrato como autorización para la explotación de servicios de temporada, con ocupación temporal de bienes de dominio público marítimo-terrestre (por todas, las Resoluciones del TACRC números 494/2014, 493/2016, 835/2016, 394/2017, 603/2018, y 626/2018).

2. Subjetivo

El artículo 44.1 de la LCSP dispone lo siguiente:

«1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles 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 lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios».

Por lo tanto, la interposición del REMC no se circunscribe, como hacía el TRLCSP, a los contratos administrativos o privados que sean SARA (2132), es decir, a los celebrados por un Poder Adjudicador Administración Pública y por un Poder Adjudicador No Administración Pública (2133), y, además, a los con-

(2132) Actualmente los umbrales comunitarios están recogidos en la Orden HFP/1499/2021, de 28 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 2022.

(2133) 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

tratos subvencionados (2134), sino que amplía el ámbito de aplicación, rebajando el valor estimado de los contratos susceptibles de ser impugnados por medio del REMC, de la siguiente manera:

- Para contratos de obras y de concesión de obras, en lugar del valor SARA (igual o superior a 5.382.000 euros del artículo 20.1 de la LCSP), se fija en un valor estimado superior a 3.000.000 de euros, y para los contratos de suministro y servicios en lugar del valor SARA [para suministros, igual o superior a 140.000 euros, para la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, o 215.000 euros, para el resto de órganos de contratación (artículo 21.1); para servicios los mismos valores, más igual o superior a 750.000 euros, cuando se trate de contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV (artículo 22.1)], se fija en un valor estimado superior a 100.000 euros.
- Para contratos de concesión de servicios (2135) será suficiente con que su valor estimado sea superior a 3.000.000 de euros.
- Para acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en el párrafo ante-

una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado».

(2134) 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».

(2135) 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.

rior, así para los contratos basados y para los contratos específicos (2136) en cualquiera de ellos.

- Para 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).
- Para 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 periodos excepcionales de duración previstos en el artículo 29.4 de la LCSP en función de las características específicas del contrato de servicios (por referencia a este contrato en el último párrafo del artículo 44.1 de la LCSP).

En cuanto al importe de cada valor estimado, caso de interponer REMC por un lote no se ha de atender al valor de este, sino al del contrato (2137). Asimismo, la

(2136) 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.

(2137) Resolución del TACRC número 608/2021, de 21 de mayo, en la que aborda el problema de la inadmisión del recurso especial interpuesto por un licitador contra la adjudicación de un lote de importe inferior a 100.000 euros, y, por ello, analiza el artículo 44.1.a) en relación con el artículo 101.12 de la LCSP, concluyendo que debe admitirse la interposición por los siguientes motivos:

1. El artículo 101.12 de la LCSP hay que ponerlo en relación con el artículo 44 de la LCSP, que delimita el ámbito objetivo del recurso, enumerando los contratos que pueden ser objeto del REMC y refiriéndose, entre otros, a los actos y decisiones de los 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.

Por tanto, nada parece indicar que en los casos en que la contratación se divida en lotes (de tal suerte que se pueda ofertar a uno o varios), para determinar si los contratos son susceptibles o no del REMC haya que recurrir a un concepto diferente al del valor estimado definido en el artículo 101.12 de la LCSP que, para el supuesto de contratación por lotes, indica que el valor estimado en este caso es el valor acumulado de todos los lotes.

2. A mayor abundamiento y siguiendo un criterio de interpretación sistemático de la norma (artículo 3.1 del Código Civil), debe tenerse en cuenta que cuando la LCSP aplica un criterio diferente al general establecido para determinar el valor estimado de los contratos divididos por lotes, lo hace expresamente. Así en el artículo 21 de la LCSP referente a contratos SARA se establece la siguiente regla singular: «En el supuesto previsto en el artículo 101.12 relativo al cálculo del valor estimado en los contratos que se adjudiquen por lotes separados, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el

posibilidad de recurrir, en un mismo recurso especial, la adjudicación de más de un lote no se considerará acumulación de acciones (2138).

Respecto de los contratos privados que celebre un No Poder Adjudicador, el párrafo segundo del artículo 44.6 de la LCSP consagra el llamado «recurso de alzada impropio», al que ya se ha hecho referencia al tratar de los «Recursos ordinarios en vía administrativa» (2139).

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, las actuaciones o decisiones relativas a contratos que celebren un Poder Adjudicador Administración Pública o un Poder Adjudicador No Administración Pública pero que se encuentren fuera del ámbito de aplicación objetivo del REMC, así como las que acontezcan en los contra-

importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos».

(2138) Resolución del TACRC número 34/2021, de 8 de enero, en la que analiza si es posible recurrir, en un mismo recurso especial, la adjudicación de más de un lote. Pretende el órgano de contratación que no puede recurrirse simultáneamente la adjudicación de dos lotes del mismo procedimiento de adjudicación, porque a su juicio constituiría una indebida acumulación de acciones. Tal consideración desconoce lo que es la división de un contrato en lotes. Si bien la división en lotes de un mismo contrato puede dar lugar, en el caso de que sean varios los adjudicatarios, a diversos contratos, tantos como adjudicatarios haya de los lotes que le hayan sido adjudicados, ello no supone que los lotes sean procedimientos de licitación distintos, sino meras divisiones del objeto contratado, por lo que es uno el procedimiento de licitación, al igual que objeto de contratación, sus anuncios y pliegos. Por otro lado, hay en el recurso identidad de sujetos, activo y pasivo, procedimiento y acto administrativo impugnado –pues en uno solo se adjudicaron todos los lotes–, y además el procedimiento de recurso se resuelve por el mismo órgano, este Tribunal. Como señala la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 71.2, criterio que informa también el recurso administrativo, «el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquellas no sean incompatibles entre sí», y aquí las acciones o pretensiones no son contradictorias, y proceden de un mismo título o causa de pedir, el acto de adjudicación de un mismo procedimiento. En fin, la exigencia formalista de que haya que ejercer el derecho de recurso en dos procedimientos distintos, por ser dos los lotes adjudicados, es contraria a los principios de economía, celeridad y *pro actione*, así como al antiformalismo, que presiden el procedimiento administrativo, siendo así que es reiterada la doctrina constitucional que señala que los requisitos procesales que dan acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, proscribiéndose, en consecuencia, los formalismos enervantes o los rigorismos desproporcionados a la omisión o defectos advertidos (por todas, SSTC 176/1990, de 12 de noviembre, y 256/1994, de 26 de septiembre). En consecuencia, el contrato y el acto impugnado son recurribles en virtud de los artículos 44.1.b) y 2.) de la LCSP.

(2139) 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.



tos 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 dispone lo siguiente:

«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas 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».

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto «interés legítimo» en el ámbito administrativo (2140) que incluye toda situación jurídica individualizada que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita. Se extiende al interés que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados, y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese «su interés propio» (2141).

Por tanto, el «interés legítimo» abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad (2142), en cuanto presu-

(2140) Resolución del TACRC número 316/2021, de 31 de marzo. 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, y SAN de 19 marzo 2013.

(2141) SSTs de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, entre otras.

(2142) STC 119/2008, de 13 de octubre. SAN de 22 de junio de 2011 (pese a la amplitud de dicho concepto no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la

pone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado (2143), no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Se ha venido considerando que, para que pueda apreciarse la legitimación para la impugnación de resoluciones administrativas en materia contractual, debe deducirse el «interés legítimo» de la participación en la licitación, sin que la condición de interesado sea equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo (2144).

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 LJCA), 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.

(2143) STC 257/1989, de 22 de diciembre, y STS de 1 de octubre de 1990. Resolución del TACRC número 636/2018, de 6 de julio, en la que decide la inadmisión de un recurso especial contra un contrato de servicio de ayuda a domicilio para personas dependientes porque el recurrente carecía de legitimación a tenor del artículo 48 de la LCSP pues no consta que ni el objeto ni la denominación social guarden relación con la actividad objeto del contrato de servicios a licitar (Resoluciones del TACRC números 514/2016, de 1 de julio, y 614/2016, de 29 de julio).

(2144) Por todas, Resoluciones del TACRC números 237/2011, de 13 de octubre, 22/2012, de 18 de enero, 107/2012, de 11 de mayo, 250/2016, de 8 de abril, y, muy especialmente, la 31/2019, de 18 de enero, en la que analiza la legitimación activa de un licitador que impugna un contrato sin haber participado en el procedimiento de contratación, a tenor del artículo 48 de la LCSP:

1. Hay que analizar el objeto social que mencionan sus estatutos para colegir, en su caso, su interés en participar en la licitación del contrato.
2. Examinar el recurso para deducir si el licitador hubiera podido tener interés en participar en la licitación (por ejemplo, recurriendo elementos determinantes de la configuración del procedimiento, como son la desproporción de los criterios de adjudicación y valoración).
3. No obsta a ello que el recurrente no haya concurrido a la licitación y no pueda, por tanto, aspirar a la adjudicación del contrato, que es el interés legítimo que de ordinario se reputa suficiente y necesario para interponer el REMC (Resoluciones del TACRC números 57/2012, 119/2013, y 278/2013, confirmada esta última por SAN de 14 de mayo de 2014, entre otras).

En efecto, este principio general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (STS, Sala III, de 5 de julio de 2005) y, de hecho, se ha llegado a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido (STS, Sala III, de 29 de junio de 2006).

4. El Derecho comunitario avala esta postura. Así, el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, de 25 de febrero de 1992, requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles «como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato», expresión esta que se refiere «a la persona que, al presentar su oferta



El citado artículo 48 de la LCSP, aunque reconoce legitimación a cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan

para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo» (STJCE, Sala Segunda, de 8 de septiembre de 2005) pero la jurisprudencia europea ha ido más allá al extender la legitimación a los supuestos en los que «una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados» (STJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004).

La STJUE de 28 de noviembre de 2018 en la que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano sobre la adecuación a la Directiva 89/665/CEE de una decisión de un órgano de supervisión de la Contratación Pública que no reconoció legitimación para interponer un recurso contra unos pliegos porque las entidades recurrentes no habían presentado oferta. Ante esta situación, se planteó la cuestión sobre si los artículos 1, apartado 3, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665/CEE deben interpretarse en el sentido de que confieren un derecho de recurso a un operador económico que no ha presentado una oferta porque existía la certeza o una altísima probabilidad de que no podría obtener la adjudicación del contrato en cuestión. A dicha cuestión el Tribunal, aplicando la doctrina de la STJUE de 12 de febrero de 2004, *Grossmann Air Service*, señala lo siguiente:

- En virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665/CEE, los Estados miembros están obligados a garantizar que los procedimientos de recurso previstos por esta Directiva sean accesibles, «como mínimo», a cualquier persona que «tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales de transposición de este Derecho» (véase, en este sentido, la STJUE de 5 de abril de 2016).
- Los Estados miembros «pueden exigir que la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega» (STJUE de 19 de junio de 2003, *Hackermüller*).
- «La participación en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede constituir en principio válidamente, con arreglo al artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, un requisito cuyo cumplimiento se exija para determinar que la persona afectada tiene un interés en obtener el contrato de que se trate o puede verse perjudicada por el carácter supuestamente ilegal de la decisión de adjudicación de dicho contrato».
- No obstante, «en el supuesto de que una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados, resultaría excesivo exigir que presente, antes de poder utilizar los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665 contra esas características, una oferta en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido cuando las posibilidades de que se le adjudique el contrato son nulas debido a la existencia de las citadas características».
- No obstante, es necesario recordar que «no puede interponerse dicho recurso, so pena de perjudicar a los objetivos de rapidez y eficacia contemplados tanto en la Directiva 89/665 como en la Directiva 92/13, después de que el poder adjudicador haya adoptado la decisión de adjudicación del contrato».



- 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, en el que, como ya se ha señalado, 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 que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial.

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 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 función de ella, por un lado, 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 conside-

condición de interesado no deriva de la genérica capacidad para participar en los mismos sino de la actitud de los posibles concursantes respecto del concreto procedimiento de que se trate, es decir, la condición de interesado no es equiparable a la genérica condición de contratista con capacidad para participar en el concurso, sino que es preciso que se ejercite tal condición, ya sea participando en el procedimiento o de cualquier otro modo, sin que pueda descartarse la impugnación de la convocatoria del concurso por quien no participa en razón de las propias condiciones en que es convocado» (por todas la Resolución del TACRC número 31/2010).

Por tanto, cabe concluir que no es necesario ser licitador para que se tenga la condición de interesado en el procedimiento, pero tampoco que baste con ser contratista con capacidad para contratar, sino que debe ejercitarse dicha condición.

2. Dicho planteamiento se complementa por parte del TACRC, con base en los principios fijados en la directivas comunitarias en materia de contratación, que entiende que bajo el concepto de «interés legítimo», gozarán de legitimación los que de modo directo o indirecto, de modo efectivo y acreditado, se pudieran ver de algún modo afectados por la resolución recurrida (descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite; esto es, el interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad (SSTC, entre otras, 60/82, y 257/88., SSTs de 14 de marzo de 1997 y de 11 de febrero de 2003, entre otras, y Resolución del TACRC número 290/2011).

De acuerdo con lo señalado, en esta Resolución el Tribunal entiende que la asociación empresarial tiene legitimación porque, aunque no necesariamente puede ostentar un interés directo en la estimación o no de su recurso (su objeto es la defensa de los intereses de sus asociados), sin embargo, sí lo tiene indirectamente en cuanto que a través del recurso serían sus asociados los que podrían obtener ventaja de verse admitida las pretensiones sostenidas por su asociación.

ra que no dispone del interés legítimo necesario para ello (2148), mientras que, por otro, 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 (2149). No obstante, 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 la legitimación activa para recurrir (2150). En el caso

(2148) Entre otras, Resoluciones del TACRC números 4/2011, de 19 de enero, y 56/2013, de 6 de febrero.

(2149) Resoluciones del TACRC números 70/2013, de 6 de febrero, y 181/2013, de 23 de mayo.

(2150) STJUE de 24 de marzo de 2021, en la que en una petición de decisión prejudicial se plantea si un licitador, que ha sido excluido de un procedimiento de licitación de un contrato público en una fase anterior a la fase de adjudicación de dicho contrato y cuya demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se le excluye de dicho procedimiento ha sido desestimada puede invocar, en su demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se admite la oferta de otro licitador, presentada simultáneamente, motivos sin relación con las irregularidades por las que se excluyó su oferta, a excepción del motivo basado en que la decisión de admisión de esa oferta vulnera el principio de igualdad en la apreciación de las ofertas, todo ello al amparo de los artículos 1, apartado 3, 2, apartado 1, letras a) y b), y 2 bis, apartado 2, de la Directiva 92/13, a la luz de la fundamentación expuesta en las SSTJUE de 4 de julio de 2013, *Fastweb*, de 5 de abril de 2016, *PFE*, de 11 de mayo de 2017, *Archus y Gama*, y de 5 de septiembre de 2019, *Lombardi*.

El TJUE señala que el citado licitador puede invocar todos los motivos basados en la infracción del Derecho de la UE en materia de Contratación Pública o de las normas nacionales que transponen ese Derecho, incluidos motivos sin relación con las irregularidades por las que se excluyó su oferta.

Dicha doctrina se basa en los siguientes argumentos:

1. Pronunciándose sobre la interpretación de las disposiciones del artículo 1, apartado 3, 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 (DO 1989, L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia ha declarado que:

– El principio jurisprudencial, desarrollado durante la vigencia de la Directiva 89/665, señala que «... en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, los licitadores cuya exclusión se solicita tienen un interés legítimo equivalente en la exclusión de la oferta de los demás licitadores a efectos de la obtención del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de julio de 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU: C:2013:448, apartado 33)». En el apartado 27 de la sentencia de 5 de abril de 2016, *PFE* (C-689/13, EU: C:2016:199), el Tribunal de Justicia consideró que, por un lado, la exclusión de un licitador puede tener como consecuencia que el otro licitador obtenga el contrato directamente en el mismo procedimiento y, por otro lado, en caso de exclusión de los dos licitadores y de apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato público, cada uno de los licitadores podría participar en él y, de este modo,



de que se impugnara la legitimación activa para interponer el recurso especial, es preciso recordar que el órgano competente ha de proceder, primeramente, 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 de la Directiva 89/665/CEE (2151).

obtener indirectamente el contrato. Además, en el apartado 29 de la misma sentencia, el Tribunal de Justicia precisó que el número de participantes en el procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate, al igual que el número de participantes que haya interpuesto un recurso y la divergencia entre los motivos invocados por los recurrentes, no son datos pertinentes para la aplicación del principio jurisprudencial sentado en la sentencia de 4 de julio de 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU: C:2013:448).

Lo señalado solo es válido en tanto la exclusión del licitador no haya sido confirmada por una resolución con fuerza de cosa juzgada (véanse, en este sentido, las SSTJUE de 11 de mayo de 2017, *Archus y Gama*, C-131/16, EU: C:2017:358, apartados 57 y 58, y de 5 de septiembre de 2019, *Lombardi*, C-333/18, EU: C:2019:675, apartados 31 y 32: En la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-355/15, EU: C:2016:988), procede señalar que la decisión de exclusión había sido confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trataba (véase, en este sentido, la citada STJUE de 5 de septiembre de 2019).

– Aunque la STJUE se refiere a la Directiva 92/13, es extrapolable al resto de Directivas en opinión de los autores de esta obra, pues no se precisa la fase en la que un licitador puede interponer un recurso contra tal decisión de la entidad adjudicadora pues el objetivo es la tutela judicial eficaz y rápida, en particular a través de medidas provisionales, lo que no autoriza, por tanto, a los Estados miembros a supeditar el ejercicio del derecho a recurrir al hecho de que el procedimiento de Contratación Pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase (véanse, por analogía, la STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, C-26/03, EU: C:2005:5, apartado 38, y la STJUE de 5 de abril de 2017, *Marina del Mediterráneo y otros*, C-391/15, EU: C:2017:268, apartado 31).

– El licitador excluido puede interponer un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora por la que se admita la oferta de uno de sus competidores, cualquiera que sea la fase del procedimiento de adjudicación de un contrato público en el que se adopte dicha decisión.

– El licitador excluido puede invocar motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión en materia de Contratación Pública o de las normas nacionales de transposición de ese Derecho, incluidos aquellos que no guarden relación con las irregularidades que motivaron la exclusión de su oferta.

– La circunstancia de que el Derecho nacional obligue al licitador excluido a interponer un recurso administrativo previo antes de poder acudir al órgano jurisdiccional remitente carece de incidencia.

(2151) STJUE de 4 de julio de 2013. Resolución del OARC número 124/2015, en la que analiza la posible legitimación del licitador que ha renunciado al procedimiento contractual, al ser requerido para aclarar una oferta anormalmente baja, y ser excluido por el poder adjudicador. Concluye que, al no poder continuar en el procedimiento, carece de legitimación

2. Supuestos Especiales

En relación con lo que ya se ha señalado a propósito del artículo 48 de la LCSP, cabe recordar los siguientes supuestos:

- En las UTEs, gozarán de legitimación activa para la interposición del recurso especial los representantes de las empresas que hayan concurrido a una lici-

para interponer el recurso especial, pues no tiene expectativa alguna sobre el resultado de la adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución del OARC número 64/2014). En ningún caso permitiría reservarse el derecho a volver a la licitación, pues el poder adjudicador no tiene por qué tener en cuenta, a estos efectos, las particulares motivaciones de las empresas para tomar estas decisiones, sino solo sus efectos, que en este caso son claros e irrevocables por elementales razones de seguridad jurídica y aplicación de la doctrina de que nadie puede actuar válidamente contra sus propios actos. Esta doctrina impide actuar contra actuaciones propias «que por su trascendencia integran convención y causan estado, definiendo inexactamente las situaciones jurídicas de sus autores» (por todas, STS de 30 de marzo de 1999 y las que en ella se citan). Resolución del TACRC número 1142/2018, de 7 de diciembre, en la que analiza si un licitador que no ha presentado en plazo su proposición se encuentra legitimado para interponer el recurso especial en materia de contratación. Con cita en varias de sus resoluciones (números 790/2018, de 14 de septiembre, y 967/2015, de 23 de octubre), sostiene, por un lado, que, en general, no tendrá legitimación activa para hacerlo siempre que el motivo de la impugnación de los pliegos no le hubiese impedido licitar al procedimiento, mientras que, por otro, es posible admitirla excepcionalmente (por todas, Resolución 924/2015, de 9 de octubre) cuando el motivo de impugnación de los pliegos impide al recurrente participar en un plano de igualdad en la licitación (STS de 5 de junio de 2013). Resolución del TACRC número 662/2018, de 6 de julio, en la que, a la vista de un recurso interpuesto contra los pliegos, analiza el objeto social de la empresa recurrente para concluir finalmente que posee legitimación. Resolución del TACRC número 593/2018, de 21 de junio, aborda la legitimación de la recurrente que esgrime que el adjudicatario que obtuvo el segundo lugar licitó como Centro Especial de Empleo y no se encontraba calificado o autorizado como tal en todas las Comunidades Autónomas en las que debe realizarse el servicio (artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, así como por el Real Decreto 2273/1985, que aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo, y la Orden de 16 de marzo de 1983). El Tribunal, a la vista de la improcedencia de dicha alegación del recurrente pues el adjudicatario licitó como SAU y no por su Centro Especial de Empleo, concluyó que el recurrente no tenía legitimación para interponer el recurso especial pues de ninguna manera la posible estimación del recurso ocasionaría la adjudicación a éste. Reproduce la doctrina señalada en la Resolución del TACRC número 378/2018, de 20 de abril, en la que indica que «La legitimación tiene una manifestación de derecho sustantivo (*legitimitio ad causam*) y otra de derecho adjetivo o procedimental (*legitimitio ad processum*) que sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas que son la capacidad para ser parte y para comparecer en el proceso, propia del derecho adjetivo, y la real y efectiva de disposición o ejercicio, constituyendo, a diferencia de la primera, una situación o posición del sujeto respecto del acto o de la



tación con el compromiso de formalizarla notarialmente, aunque aún no lo hayan llegado a materializar (2152).

relación jurídica a realizar o desarrollar, lo que da lugar a que mientras que en el supuesto de las capacidades o de su falta se hable de personalidad o de ausencia de la misma, en el segundo se haga referencia a la acción o a su falta (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo del 2005). Atendiendo a la *legitimatio ad causam*, en relación con el concepto de interés legítimo en el ámbito administrativo, es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada, entre otras sentencias, en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 o 2 de octubre de 2001, que declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, siendo interés legítimo el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga».

(2152) 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 con dicha cuestión, en 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: 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. 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. 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, de 3 de julio de 1981, de 21 de enero, de 23 de septiembre, y de 28 de octubre de 1991, de 22 de mayo de 1993, y de 8 de febrero y de 14 de marzo de 1994).

colegiado en materia de contratación, hubiesen votado a favor de la adopción del acuerdo de que se trate (2157).

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 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».

(2157) Resolución del TACRC número 614/2021, de 21 de mayo, en la que analiza que los concejales que habían votado en contra tenían legitimación activa para recurrir en base a lo dispuesto en el artículo 24.4 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que establece que «Están legitimados para interponer recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los miembros de las entidades locales que hubieran votado en contra de los actos y acuerdos impugnados». Resolución del TACRC número 67/2014, «Los concejales, a título individual, por el contrario, sí estarían legitimados para recurrir los pliegos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, salvo en el caso de que, formando parte del órgano colegiado que haya adoptado el acuerdo aprobatorio de los mismos, no hayan votado en contra de la adopción del mismo [...]». Resoluciones del OARC siguientes:

– Número 62/2015: Señala que los concejales que han mostrado su disconformidad alegando la mera defensa de la legalidad y el interés en controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, carecen de legitimación para interponer el recurso especial porque «no se ha argumentado en qué perjudica el acto recurrido los intereses de la comunidad vecinal, sin que todo ello sea un título legitimador suficiente para interponer el recurso especial en materia de contratación». En virtud del artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local la legitimación para recurrir no cabe entenderla extensiva a los grupos municipales pero solamente cuando, por ejemplo, los concejales que la tengan hayan votado en contra confieran poder suficiente para interponer el recurso especial, en aplicación del principio anti-formalista que rige el procedimiento administrativo según la LPACAP, norma a la que se debe acomodar el procedimiento de recurso especial.

d) *Órgano competente*

1. Antecedentes

La STJUE de 3 abril de 2008 (2158), 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 (2159), finalmente se decidió aco-

– Número 133/2015: En el caso del recurso interpuesto por concejales que no votaron la decisión recurrida por no formar parte del órgano de contratación, señala que ello no es obstáculo para que se aplique el artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, aplicable también al recurso especial, en el sentido de que la legitimación corresponde a los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos (SSTC 173/2004, de 18 de octubre, 8/2006, de 3 de abril y 210/2009, de 26 de noviembre), pues «no tiene sentido admitir la legitimación de un miembro de la Corporación local únicamente cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad». «Además, el reproche de falta de legitimación en ningún caso podría alcanzar a la concejala que no es miembro de la Comisión por mucho que su grupo sí esté representado en ella, pues la legitimación y, en su caso, la carga de votar en contra para obtenerla, es de cada una de las personas que ocupan el cargo de concejal y no de los grupos municipales».

(2158) Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, Asunto C-444/06. (2159) 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 UE 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



meter 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. A tal fin, se optó por la aplicación de un modelo (2160) de «corte alemán», 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 REMC es el modelo de «corte francés» que atribuye la competencia al orden jurisdiccional. En defensa de esta tesis, finalmente perdora, es preciso recordar que el ordenamiento jurídico español ofrece varios ejemplos de procedimientos especiales residenciados ante la jurisdicción con-

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.

(2160) En relación con 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 artículos 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.



tencioso-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 administrativos en las tres instancias territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales).

En relación con los órganos competentes para conocer del REMC, 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 (2161).
- 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

(2161) Resoluciones del TACRC números 564/2018, de 8 de junio, 257/2019, de 15 de marzo, y 392/2020, de 12 de marzo. En esta última, se analiza la viabilidad de admisión de un recurso especial presentado en soporte papel a través de las oficinas de Correos, mediante escrito dirigido al órgano de contratación, señalando lo siguiente:

1. Aunque el artículo 51.3 LCSP permite servirse para ello, además de los registros del órgano de contratación y de este Tribunal, de los lugares a los que se refiere el artículo 16.4 de la LPACAP, exige que, en tal caso, se comunique la interposición a este Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible. Se trata esta de una previsión incorporada a raíz del Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016 (expediente 1116/2015), evacuado respecto del anteproyecto de la LCSP, que, en la línea del artículo 44.3 del derogado TRLCSP, preveía que el recurso debía interponerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para resolver el recurso especial. El Alto Cuerpo Consultivo manifestó su discrepancia con dicha redacción, que encontraba injustificada, ni siquiera por razones de celeridad, instando a que se reconsiderase el sistema previsto, «estableciendo la vigencia del sistema general de formas de presentación de escritos instituida en la legislación de procedimiento administrativo, sin perjuicio de prever que, en el caso de que el recurso se presentara en un registro distinto de aquel del órgano de contratación o competente para resolver, deberá comunicarse tal hecho a estos de manera inmediata y de la forma más rápida posible».
2. Sobre esta exigencia –verdadera carga procesal– su falta de cumplimentación se traduce en privar de eficacia el recurso presentado en los registros distintos al del órgano de contratación o del Tribunal (Resolución del TACRC número 907/2018).
3. Al mismo tiempo, también hemos considerado presentado en plazo, aunque no haya sido cursado el aviso previsto en el artículo 51.3 LCSP, cuando el recurso ha tenido entrada en el Tribunal dentro del plazo de 15 días (Resolución del TACRC número 1017/2018).



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 (2162).

2. Órganos competentes en la Administración General del Estado

Conforme al artículo 45 de la LCSP, la competencia para la resolución del REMC en el ámbito de la Administración General del Estado corresponde al TACRC:

- El apartado 1 del mencionado artículo 45 cita expresamente que el conocimiento y resolución del REMC estará encomendado al TACRC (2163), órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

(2162) Sobre este asunto, véase en esta obra Quinta Parte «Aspectos Troncales», «4. Aptitud y capacidad para contratar con el sector público», «F. Prohibiciones para contratar», «f. Caso de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia».

(2163) 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.

Resolución de 27 de julio de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de la Presidencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por el que se crean las Secciones del Tribunal, se fija el reparto de atribuciones entre estas y el Pleno y el criterio de distribución de asuntos entre las Secciones.

Resolución de la Presidenta del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, relativo a la composición de las Secciones, de 30 de julio de 2021:

[//efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/Resolucion-Presidenta-TACRC-composicion-Secciones-firmado.pdf](https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/Resolucion-Presidenta-TACRC-composicion-Secciones-firmado.pdf)

Acuerdo de la Presidenta del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por el que se adoptan medidas de organización dirigidas a garantizar el funcionamiento del Tribunal y, en particular, a agilizar la tramitación de los recursos especiales y reclamaciones, derivados de expedientes de contratación financiados con Fondos Europeos, de 29 de marzo de 2022: [//efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/Acuerdo%20de%20funcionamiento%2030%20marzo.pdf](https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/Acuerdo%20de%20funcionamiento%2030%20marzo.pdf)

- Estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública a través de la Subsecretaría del Departamento (2164), y compuesto por un Presidente (2165), un mínimo de 5 vocales (2166), 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 (2167).

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 cla-

(2164) Artículo 18.11 del Real Decreto 682/2021, de 3 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Función Pública y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

(2165) 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.

(2166) 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.

(2167) 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.



sificados en el Subgrupo A1 y permanecerán durante el tiempo en que se hallen prestando servicio en el Tribunal en la situación servicios especiales (2168).

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 (2169) por un período de 6 años improrrogables (2170). 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.

- 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 (2171), 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

(2168) Artículo 45.5 de la LCSP.

(2169) Tendrán, por lo tanto, el carácter de altos cargos de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.2.d) de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

(2170) A tenor del artículo 45.6 de la LCSP, 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.

(2171) La disposición adicional vigésima novena.1, párrafos primero y segundo, de la LCSP sobre «Régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y Entidades Contratantes adscritas a ella», dispone lo siguiente:

«1. A medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 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 presente Ley, 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».

- Podrán las Comunidades Autónomas, asimismo, atribuir la competencia para la resolución de los recursos al TACRC (2174), 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 celebrando al efecto un convenio en los términos previstos en el apartado anterior (2175).
- 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 estas 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 Régi-

(2174) Véase, en relación con la problemática generada cuando una Comunidad Autónoma no crea 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 UE y coherente con las Directivas en materia de Contratación Pública y con la Jurisprudencia del TJUE. 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.

(2175) 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».

Las Comunidades autónomas que mantienen vigente el convenio suscrito son las de La Rioja, Castilla-La Mancha, Murcia, Cantabria, Islas Baleares, Valencia, y Principado de Asturias. Asimismo, lo han suscrito, las Ciudades Autónomas de Melilla y Ceuta. Todos estos convenios siguen vigentes.

men Local (2176), 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.

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* (2177)

1. Iniciación

Con carácter previo a la interposición del REMC, el artículo 52 de la LCSP establece que, si el interesado desea tener acceso al expediente de contratación, deberá solicitarlo al órgano de contratación que tendrá la obligación de ponerlo

(2176) 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.

(2177) Ténganse en cuenta, como ya se ha señalado en esta obra, las especialidades introducidas en el Real Decreto-ley 36/2020 de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recupera-

de manifiesto, sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la LCSP (2178). La solicitud podrá hacerse dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en

ción, Transformación y Resiliencia (ver Informe JCCPE número 8/2021), que respeto del REMC prevé lo siguiente:

- Prevé un plazo específico de interposición que fija en 10 días naturales que podrá realizarse contra cualquiera de los actos que se recogen en términos generales en la LCSP (artículo 58 a) del citado Real Decreto Ley 36/2020).
- Los contratos de suministro y servicios, tramitados por el procedimiento abierto simplificado cuyo valor estimado sea superior a la cantidad establecida como umbral en el artículo 44 de la LCSP, serán susceptibles de REMC.
- La preferencia para el despacho de los procedimientos de contratación, referentes a contratos públicos y acuerdos marco que vayan a ser financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, no se extiende a un eventual REMC que pueda interponerse frente a las resoluciones dictadas en aquellos procedimientos.

Acuerdo de la Presidenta del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por el que se adoptan medidas de organización dirigidas a garantizar el funcionamiento del Tribunal y, en particular, a agilizar la tramitación de los recursos especiales y reclamaciones, derivados de expedientes de contratación financiados con Fondos Europeos, de 29 de marzo de 2022: [//efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/Acuerdo%20de%20funcionamiento%2030%20marzo.pdf](https://efaidnbmnnnibpcjpcglclefindmkaj/https://www.hacienda.gob.es/TACRC/Documentos/Acuerdo%20de%20funcionamiento%2030%20marzo.pdf)

(2178) Véase sobre este particular lo señalado en esta Séptima Parte de la presente obra «1. Dualidad del sistema», «A. Recursos ordinarios en vía administrativa», «c. Acceso al expediente». Resoluciones del TACRC números 852/2014, 655/2017, 149/2018, 153/2019, y 801/2020. En relación con la declaración de confidencialidad de las proposiciones de los licitadores, el artículo 29 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, debe ser puesto en relación con el contenido en el artículo 133 LCSP, y de ello resulta la siguiente doctrina:

- a) El carácter confidencial de la documentación no puede señalarse de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, debiendo venir referida a secretos técnicos o comerciales, como aquella documentación confidencial que comporta una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada (Resolución del TACRC número 58/2018).
- b) El derecho de acceso se extiende a lo que constituye el expediente, tal y como este viene definido en el artículo 70 de la LPACAP, no extendiéndose a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por los licitadores, no hayan servido de antecedente de la Resolución impugnada (Resolución del TACRC número 732/2016).
- c) La confidencialidad solo puede propugnarse de documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros (Resolución del TACRC número 393/2016).

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 (2179).

El incumplimiento de dicho deber no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el REMC 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 (2180), 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 (2181).

El artículo 50.1 de la LCSP dispone que el procedimiento del REMC se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de 15 días hábiles (2182). A

d) En todo caso, el derecho de acceso al expediente tiene un carácter meramente instrumental, vinculado a la debida motivación de la Resolución de adjudicación como presupuesto del derecho de defensa del licitador descartado, por lo que no es imprescindible dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar el recurso (Resolución del TACRC número 741/2018).

(2179) Resolución del OARC número 29/2012, en la que se analiza que el anuncio de interposición del recurso especial no interrumpe el plazo de interposición del mismo.

(2180) 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».

(2181) Los citados plazos recogidos en el artículo 52.3 de la LCSP han sido declarados inconstitucionales por la STC 68/2021 en la que declara lo siguiente:

«Aun reconociendo el carácter básico del trámite de complemento del recurso seguido de las alegaciones de terceros, no puede decirse lo mismo respecto de la regulación de los concretos plazos, la cual tiene un carácter accesorio o complementario, de naturaleza procedimental, y solo de forma indirecta guarda conexión con los principios básicos de transparencia, publicidad e igualdad. En la medida en que las prescripciones relativas a los plazos pueden ser sustituidas por otras elaboradas por las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias (STC 141/1993, FFJJ 5 y 6), no tienen carácter básico y deben, por ello, declararse contrarios al orden constitucional de competencias los incisos “de diez días”, “de dos días hábiles” y “cinco días hábiles” del artículo 52.3 LCSP. En este caso la declaración de la invasión competencial no conlleva la nulidad, habida cuenta de que los incisos se aplican en el ámbito de la contratación del sector público estatal y esto no ha sido objeto de controversia en el presente proceso [SSTC 50/1999, de 6 de abril, FFJJ 7 y 8; 55/2018, de 24 de mayo, FFJJ 7 b) y c)].»

(2182) 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. Resolución del TACRC número



estos efectos, ni el anuncio de la interposición del recurso ni su presentación en un registro distinto del propio del órgano de contratación o del órgano competente para su resolución, interrumpirá el citado plazo (2183).

Dicho plazo se computará, en función del ámbito de aplicación objetivo del recurso a que se refiere el ya analizado artículo 44.2 de la LCSP, de la siguiente manera:

- Cuando se interponga contra el anuncio de licitación: A partir del día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante.
- Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales: A partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos, y, de no ser así, a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o éste haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante (2184). En este sentido, se remarca en el mismo precepto que, de conformidad con lo establecido en el artículo 138.2 de la LCSP, 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 (2185).

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, que no se iniciara el cómputo del plazo para interponer el recurso.

(2183) Resolución del OARC número 29/2012, en la que se analiza que el anuncio de interposición del recurso especial no interrumpe el plazo de interposición del mismo. Resolución del TACRC número 566/2018, de 8 de junio, en la que señala que la fecha de interposición a considerar es la de presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o del TACRC, sin que computen a estos efectos ni la fecha del anuncio previo, ni la de presentación en registro distinto.

(2184) Resolución del TACRC números 39/2013, de 23 de enero, en la que se citan las resoluciones números 21/2011, 130/2011, 139/2011, 144/2011, 228/2011, 232/2011, 261/2011, y 210/2012.

(2185) Por todas, Resoluciones del TACRC números 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 con 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.



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 (2186).

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. De esta forma, se ha tratado de solucionar un problema que se planteaba con cierta frecuencia cuando, en sede de REMC, los órganos de contratación solían argumentar que los recurrentes incurrieran en «falta de congruencia» porque habían presentado oferta en una licitación cuyas bases impugnan. 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 (2187). La cuestión es tan «vidriosa» que los tribunales y órganos competentes para conocer del REMC suelen realizar una interpretación meramente cronológica y literal de la expresión «...si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente...», admitiendo la legitimación cuando la interposición del recurso se produce con anterioridad a la presentación de la oferta o proposición (2188).

(2186) Resolución del TACRC número 107/2011, de 15 de abril.

(2187) Los sucesivos fallos judiciales se encargarán de definir dicho extremo, 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 (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, en principio y con la salvedad ya expresada en esta obra sobre el «recurso indirecto» contra los pliegos. A la situación en la que éstos han adquirido firmeza por no haber sido recurridos en plazo o, en el caso de haberlo sido, por haber sido desestimado el correspondiente recurso. Sin embargo, no parece que esta haya sido la intención impulsada con dicha reforma.

(2188) En la Resolución del TACRC número 661/2022, de 2 de junio, se señala que “Consta en el expediente administrativo que el recurrente presentó proposición a la licitación el día 28 de abril de 2022, con posterioridad, por lo tanto, a la presentación del recurso, por lo que

el órgano de contratación no debió de haber aplicado un determinado procedimiento de adjudicación (2192). Ello se debe a que el recurso contra los pliegos tiene un momento procesal concreto y del que solamente se salva, en general, 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 (2193).

- Cuando se interponga en relación con alguna modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP: A partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.
- Cuando el recurso se interponga contra la formalización de un encargo a medio propio por no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LCSP: A partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante.
- Cuando el recurso se interponga contra los acuerdos de rescate de concesiones (2194): A partir del día siguiente al de la notificación realizada de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.

Ahora bien, el artículo 50.2 de la LCSP (2195), recogiendo lo previsto en el artículo 106.1 de la LPACAP que dispone que «Las Administraciones Públicas,

nes realizadas por el recurrente respecto a la exigencia del título en ingeniería industrial para el asesor de instalaciones.

(2192) Informe JCCA número 46/2006, de 11 de diciembre, citado en la Resolución del TACRC número 198/2011, de 17 de julio.

(2193) Resolución del TACRC número 98/2013, de 6 de marzo, en la que, en relación con 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 denuncie 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 (Resolución del TACRC número 241/2011, de 19 de octubre).

(2194) En relación con este supuesto el artículo 50.1.g) de la LCSP que se refiere a «En todos los demás casos...», lo cierto es que, si se compara el artículo 50.1 con el artículo 44.2 de la LCSP, solamente queda por definir el inicio del cómputo del plazo en el caso de la interposición del REMC contra los acuerdos de rescate de concesiones.

(2195) Como ya se ha señalado en esta obra, la LCSP ha incluido dentro del REMC lo que en el TRLCSP era la «cuestión de nulidad» como una vía de impugnación de naturaleza contractual.



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», dispone que el plazo de interposición será el siguiente:

- 30 días naturales (2196), cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 39.2.c) (falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante, alojado en la PCSP 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.d) (inobservancia del plazo para la formalización del contrato cuando el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y, cuando, además, concorra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta), e) (haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el REMC, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada), y f) (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) de la LCSP. En estos casos, el cómputo del plazo se comenzará a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en la LCSP, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado en forma legal la convocatoria de la licitación o 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.
- 6 meses cuando el recurso se funde en alguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 39.2.a) (falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, o de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato, o de clasificación, cuando esta proceda, debida-

(2196) 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».



- Del documento o documentos en que funde su derecho.
- Una dirección de correo electrónico «habilitada» a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, las comunicaciones y notificaciones.

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 (2198) o del propio Tribunal (2199).

El artículo 51.2 de la LCSP establece que 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 3 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.

En cuanto al lugar de presentación del escrito de interposición, el artículo 51.3 de la LCSP dispone que, como norma general, 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 (2200). Los escritos presentados en registros distintos 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, al indicar que la presentación de documentación subsanada se hará, necesariamente, en el registro del órgano competente para la resolución del recurso. En igual sentido, el último inciso del artículo 56.3 párrafo primero de la LCSP dispone que las posibles alegaciones que se realizaran por el resto de los interesados se deberán presentar necesariamente en el registro del órgano competente para la resolución del recurso (2201).

(2198) <https://sedeminhap.gob.es/es-ES/Paginas/default.aspx>

(2199) <https://sedeminhap.gob.es/es-ES/Sedes/TACRC/paginas/default.aspx>

(2200) 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».

(2201) Resolución del TACRC número 594/2021, de 21 de mayo, comenta la doctrina sobre el artículo 56.3 de la LCSP sobre el trámite de alegaciones a practicar con el resto de los interesados en el recurso especial, incluida la adjudicataria si el mismo se interpone contra el acuerdo de adjudicación por no cumplir la recurrente los requisitos mínimos exigidos en el pliego.

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 con 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 procedimiento 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 (2203), 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» (2204). Por tanto, si en el REMC 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 (2205).

ante la interposición de un REMC 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 ni a las facultades revisoras del órgano competente para resolverlo, pues estos 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.

(2203) Resolución del TACRC número 557/2018, de 8 de junio, en la que analiza el desistimiento del recurso especial en el que el Tribunal reitera su doctrina en el sentido de que, aunque la LCSP no contempla expresamente esta posibilidad de finalización del procedimiento, como hemos manifestado en numerosas resoluciones (como referencia próxima en la Resolución número 432/2018, de 27 de abril), el recurrente puede desistir por aplicación de lo dispuesto en el artículo 94.1 de la LPACAP.

(2204) En relación con el desistimiento, véase el artículo 94 de la LPACAP.

(2205) Resolución del TACRC número 43/2012, de 3 de febrero.

2. Instrucción

El artículo 56 de la LCSP señala 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 2 días hábiles (2206) siguientes, acompañado del correspondiente informe.

En relación con dicho informe, se plantea si fuera posible dar por finalizado el procedimiento a causa de un posible allanamiento del órgano de contratación (2207). 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 (2208). En consecuencia, a juicio de los autores de

(2206) 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».

(2207) Resolución del TACRC número 792/2020, de 10 de julio, en la que se entiende que concurre la figura del allanamiento (aplicable el artículo 75 de la LJCA) cuando, interpuesto el recurso especial, el órgano de contratación decide admitir a un licitador al que excluyó con anterioridad dejando para un momento ulterior la discusión sobre la suficiencia de la documentación presentada, a resultas de lo cual pueden darse estas situaciones: (i) que tal debate no se produzca, por no resultar este recurrente propuesto como adjudicatario; (ii) o, aunque lo sea, presente la documentación complementaria referida en el informe del órgano de contratación, lo que acabaría con la controversia; y (iii) en todo caso, en tal ulterior momento posterior (requerimiento de subsanación si el aquí recurrente fuera propuesto como adjudicatario), podría discutirse de nuevo la suficiencia de la documentación del oferente en orden a los requerimientos técnicos. Resolución del TACRC número 491/2022, de 27 de abril.

Resolución del TACRC número 1409/2020, de 30 de diciembre, analiza las consecuencias que tiene el reconocimiento del error por parte del órgano de contratación y su allanamiento, basándose en numerosas Resoluciones del TACRC, entre otras, las resoluciones números 294/2012, 104/2013, 105/2015, 409/2015, 831/2015, 882/2015, 7/2016, 1142/2018, 1233/2020, 67/2021, y 578/2021.

(2208) Resolución del TACRC número 303/2015, de 10 de abril, seguida en otras, como las resoluciones números 249/2020, de 20 de febrero, 549/2020 de 17 de abril, y 693/2020, de 19 de junio, analiza la figura del allanamiento del órgano de contratación en vía de REMC indicando el siguiente razonamiento:



esta obra, no puede considerarse, en sí misma, como una 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 se tratara (2209). 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 el fondo del asunto se ajusta o no a derecho (2210). En dicho análisis, a la vista del artículo 75 de la LJCA, resultará imprescindible que entre a valorar si el allanamiento supone una «infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico». Se trata de un

1. En ausencia de una norma específica sobre esta materia, la LCSP remite en lo no expresamente previsto por él, a la LPACAP, que resulta de aplicación supletoria pero que no soluciona la cuestión porque en los recursos administrativos ordinarios, la Administración es a la vez «juez y parte» y por ello, si la autoridad autora de un acto impugnado en vía administrativa reconsidera su decisión inicial y se muestra conforme con las pretensiones del recurrente, la solución es bien sencilla: Le basta con estimar el recurso.

En el caso del TACRC esta estimación del recurso no es posible porque se trata de una autoridad claramente distinta e independiente del órgano de contratación, es decir es un órgano decisor independiente que dirime entre posiciones contrapuestas y por completo ajenas a él.

Lo más similar al TACRC, atendiendo además al espíritu de la Directiva que impuso la creación de este Tribunal, es el caso de la llamada «jurisdicción retenida» donde los recursos frente a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo se sustancian ante un órgano administrativo, pero plenamente independiente, como lo es sin duda el Consejo de Estado francés.

2. Por tanto, ante el silencio de la LCSP y de la LPACAP ha de acudir al artículo 75 de la LJCA, en la que el reconocimiento tardío de las pretensiones del recurrente por parte del órgano administrativo autor de la resolución impugnada equivale a un allanamiento que pone fin al proceso judicial entablado, salvo que ello suponga una «infracción manifiesta del Ordenamiento Jurídico». Resolución del OARC número 81/2014.

Ello implica, en definitiva, que el TACRC debe atribuir, a la conformidad manifestada por el órgano de contratación respecto de la pretensión esgrimida en el recurso, la eficacia de un verdadero allanamiento y solo puede entrar en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, en caso de que aprecie que la aceptación de las pretensiones de la recurrente «infringe, de modo manifiesto el Ordenamiento Jurídico».

Ante el allanamiento del órgano de contratación solo cabe proceder a la estimación del recurso especial, salvo que se aprecie una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

(2209) Resolución del TACRC número 1299/2020, de 4 de diciembre, analiza el allanamiento del órgano de contratación al recurso especial interpuesto con retroacción de las actuaciones al trámite anterior al de adjudicación y recuerda su doctrina (en base a la Resolución número 303/2015, de 10 de abril) en relación con este particular consistente en que «ante el allanamiento del órgano de contratación solo cabe proceder a la estimación del recurso especial, salvo que se aprecie una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico» (Resoluciones del TACRC números 1399/2020 y 1400/2020, de 30 de diciembre, y 62/2021, de 22 de enero).

(2210) Por todas, la Resoluciones del TACRC números 92/2011, y 295/2012.



De forma simultánea a este trámite, decidirá (2218), en el plazo de 5 días hábiles (2219), acerca de las medidas cautelares (2220), 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

do de adjudicación por no cumplir la recurrente los requisitos mínimos exigidos en el pliego. De acuerdo con la doctrina del Tribunal (Resoluciones números 347/ 2017, de 8 de junio, y 682/2017, de 27 de julio), recuerda lo siguiente:

1. Es el único momento procedimental en que la adjudicataria puede invocar los incumplimientos de la recurrente, ejercer su derecho de defensa, ya que, si se estimaran las pretensiones de ésta y se excluyera a la adjudicataria, dicha parte vería cuestionada su legitimación activa para interponer recurso contra la adjudicación al recurrente.

2. Como señala la STS de 13 de enero de 2015, Fundamento de Derecho segundo, «En efecto, una cosa es que en vía contencioso-administrativa no quepa, dado el carácter revisor de la jurisdicción ni la reconvenición, ni la *reformatio in peius*, y otra bien distinta es que quien ha triunfado en un proceso selectivo, y que no puede, en consecuencia, impugnar su resultado para empeorar aún más la situación de quien no lo ha hecho, no pueda, sin embargo, cuestionar los méritos de quien, en esta situación, pretende por primera vez cuestionar el resultado del proceso selectivo, en términos de defensa».

3. A tal efecto, el Tribunal ha de solicitar informe complementario al órgano de contratación, además del previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, con la finalidad de que se manifieste sobre la alegación efectuada por la adjudicataria respecto del incumplimiento por la recurrente de los requisitos mínimos exigidos en el pliego.

Para su valoración, debe aplicarse el criterio de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, que solamente puede ser revisada por motivo de error material, arbitrariedad o discriminación (Resolución del TACRC número 40/2020, de 22 de enero, con cita de la resolución número 456/2015).

(2218) Actualmente la competencia para acordar dichas medidas cautelares, en el caso del TACRC, se encuentra delegada en la Secretaría General 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 aquel, 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».

(2219) 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».

(2220) Por todas, Resoluciones del TACRC números 126/2012, de 6 de junio, 159/2012, de 30 de julio, y 217/2012, de 3 de octubre.



cialidad que corresponde al órgano de contratación, en los momentos anterior y posterior a dictar el acuerdo de adjudicación, con el que compete en vía de recurso al órgano encargado de resolverlo tanto en vía administrativa (recursos ordinarios o REMC) como jurisdiccional. De modo sintético, el Ato Tribunal señala lo siguiente:

– En el momento anterior a dictar el acuerdo de adjudicación:

La decisión por la que se deniega a un licitador la comunicación de la información considerada confidencial que figura en la oferta de otro operador económico, constituye un acto que puede ser objeto de recurso, no resultando contrario al derecho de la UE que un Estado miembro, en cuyo territorio se desarrolle el procedimiento de adjudicación del contrato público, establezca que debe interponerse un recurso administrativo previo antes de acudir a la vía judicial (artículo 1.1 párrafo cuarto, 1.3 y 5, y 2.1 b) de la Directiva 89/665/CEE).

– En el momento posterior a dictar el acuerdo de adjudicación:

Cuando un licitador haya presentado una solicitud de comunicación de información considerada confidencial que figura en la oferta de un adjudicatario, el órgano de contratación no está obligado a comunicar esa información cuando su transmisión lleve a infringir las normas del Derecho de la UE relativas a la protección de la información confidencial.

– En el momento en el que se presente recurso administrativo:

El órgano administrativo no está obligado a facilitar la información confidencial de otro operador económico aún cuando dicha solicitud se presente en el marco de un recurso administrativo previo interpuesto en relación con la legalidad de la apreciación realizada por aquel.

Cuando se niegue a transmitir esa información o cuando, al tiempo que deniegue tal transmisión, desestime dicho recurso administrativo, el órgano de contratación estará obligado a ponderar el derecho del solicitante a una buena administración con el derecho del competidor a la protección de su información confidencial, de modo que su decisión denegatoria o su decisión desestimatoria esté motivada y el derecho a la tutela judicial efectiva del licitador excluido no quede privado de efecto útil (artículos. 1.1 párrafo cuarto, y 1.3 y 5 de la Directiva 89/665/CEE, y 21 de la Directiva 2014/24/UE).

– En el momento en el que se presente recurso jurisdiccional:

El órgano jurisdiccional nacional competente, que conoce de un recurso contra la decisión por la que se deniega la comunicación a un licitador de la información considerada confidencial que figura en la documentación transmitida por un operador económico o bien de un recurso contra la decisión por la que se desestima el recurso administrativo previo interpuesto contra esa decisión denegatoria,

vadamente 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 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 (2227).

El artículo 150.4 de la LCSP dispone que, si como consecuencia del contenido de la resolución de un REMC preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de 10 días hábiles (2228) para que cumplimente los trámites que resulten oportunos.

septiembre de 2014, y 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 SARA y después lo recalificó como REMC).

(2227) Resolución del TACRC número 584/2018, de 12 de junio, en la que, a la vista de una indebida aplicación de los criterios de adjudicación y a pesar de lo que señala el recurrente en orden a que el Tribunal realice dicha valoración, señala que «No puede, sin embargo acceder a la pretensión contenida en el recurso de que sea este Tribunal quien asigne las puntuaciones correspondientes a la mejora 2.2 de la cláusula 13 del PCAP en los términos indicados en el recurso, pues dicha función corresponde a la Mesa de Contratación».

Resolución del TACRC número 765/2020, de 3 de julio, en la que analiza la aplicación y efectos del artículo 146.2 párrafo quinto de la LCSP que señala que «En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello», en un caso en el que un licitador fue indebidamente excluido del proceso de contratación por no reunir un extremo adicional al previsto en la DEUC aspecto que finalmente fue declarado nulo cuando ya se había hecho la evaluación en base a los criterios de calidad-precio.

En este caso el TACRC declara que no es posible decretar la retroacción del procedimiento sino que es preciso anular la totalidad del procedimiento por disponerlo así el artículo 146.2, párrafo quinto, según el cual «En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello», por lo que, al haberse ya valorado previamente los criterios sujetos a juicio de valor, debe anularse la totalidad del procedimiento.

(2228) 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 relación con el 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 (2229), 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 (2230). En relación con dicha cuestión, corresponderá al órgano de contratación, en vía de ejecución de la resolución dictada por el órgano competente, decidir lo que sea más conveniente (2231).

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».

(2229) En relación con 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 estas 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.

(2230) STJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica. Así, de la jurisprudencia del TJUE 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 este 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*). Resolución del TACRC número 29/2013, de 22 de enero, en relación con 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».

(2231) 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 (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



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 que dispone que «El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción», 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 (2232).

El artículo 57.3 de la LCSP establece que 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.

El artículo 57.4 de la LCSP dispone que, 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 nuevo REMC 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 (2233).

El artículo 57.5 de la LCSP establece que, transcurridos 2 meses contados desde el siguiente a la interposición del recurso (2234) sin que se haya notifi-

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 (por todas, las Resoluciones del TACRC números 37/2012, de 3 de febrero, y 169/2012, de 3 de agosto).

(2232) Resolución del TACRC número 144/2011, de 25 de mayo.

(2233) Resolución del TACRC número 186/2011, de 13 de julio.

(2234) SSTs de 27 de mayo y de 4 de diciembre de 2013.

prender, «cuando menos», los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación (2237). 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 (2238).

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 (2239) al responsable de la misma que se determinará, en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, y, además, a tenor del artículo 58.2,

importe superior a aquél, por cuanto es parte integrante del precio, y por ende de la prestación cuyo cumplimiento reclama el demandante»).

(2237) Resolución del OARC número 20/2014, en la que señala que dentro de la indemnización que prevé el artículo 47.3 del TRLCSP, actual artículo 58.1 de la LCSP, no se encuentran recogidos los gastos de asesoramiento jurídico derivados de la interposición del recurso, ya que el procedimiento del REMC no requiere intervención preceptiva de letrado o profesional del Derecho.

(2238) En este sentido, el 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.

(2239) 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 los importes de las multas impuestas se ingresarán, en todo caso, en el mismo.
- Dispone que las cuantías de las multas indicadas 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).



párrafo segundo, de la LCSP (2240), en función del cálculo de los beneficios obtenidos por este (2241).

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución del REMC se establece lo siguiente:

El artículo 59 de la LCSP indica que contra la resolución solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo (2242), que la misma será direc-

(2240) STC 68/2021, de 18 de marzo, declara que el artículo 58.2, es conforme con el orden constitucional de competencias, siempre que se interprete en los términos establecidos en el fundamento jurídico 6 E) d) de esta. Así, la imposición de multas por parte del órgano competente cuando «aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares». El importe de estas multas se ha de ingresar en todo caso en el Tesoro Público, cosa que a juicio del Gobierno de Aragón constituye una arbitrariedad, dado que ha creado su propio Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, y lesiona su potestad de auto organización.

El tribunal coincide con la Abogacía del Estado en que una correcta lectura del precepto exige entender la expresión «Tesoro Público» como comprensiva, no solo de la hacienda estatal, sino también de las autonómicas o locales. Así entendido, no cabe apreciar que el artículo 58.2, de carácter básico, lesione la potestad de autoorganización.

(2241) Esta modificación, introducida en la LCSP, 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 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, de modo que al menos la prórroga en la prestación del contrato anterior no engrosara la cuenta de beneficios del recurrente (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 euros/mes el contrato de GARDA), una multa a cada una solamente de 3.000 euros).

Resoluciones del OARC, sobre la temeridad o mala fe en la interposición del REMC a que se refiere el artículo 47.5 del TRLCSP, actual artículo 58.2 de la LCSP:

- Se apreciaría esta situación cuando el recurso carece claramente de legitimación y la estimación de la pretensión que formula en ningún caso puede reportar beneficio alguno al recurrente. A falta de la acreditación de perjuicios especialmente graves para la Administración o los demás licitadores, la sanción debe imponerse en su grado mínimo (Resolución número 29/2015).
- Cuando el recurrente es el actual prestador del servicio y para prorrogar el mismo interpone el recurso en base a fundamentos jurídicos banales en los que se apela a una «ausencia total de motivación», que es manifiestamente falsa, o a la falta de acceso al expediente sin concretar cuál es la indefensión concreta y tangible que se ha sufrido (Resolución número 50/2015).

(2242) Resolución del TACRC número 96/2018, de 2 de febrero de 2018 en la que se señala que: «[...] “contra las resoluciones de este Tribunal sólo cabe la interposición del correspon-



tamente ejecutiva (2243), que no procederá la revisión de oficio ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso (2244), 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.

diente recurso contencioso-administrativo”. No procede la revisión de oficio y se debe entender también que el recurso extraordinario de revisión entra dentro de la exclusión general de todos los recursos, salvo el contencioso administrativo, proclamada por el párrafo primero del citado artículo 49.1. Así lo hemos mantenido en numerosas resoluciones (como referencia, con cita de otras, en la núm. 200/2016, de 11 de marzo).

Como se manifiesta en todas ellas, se considera que la aplicación supletoria de la LPAC (entonces LRJ-PAC) en materia de contratos públicos presupone siempre la existencia de una “laguna” legal o vacío normativo en la legislación contractual directamente aplicable. Tal situación no se da en absoluto en estos casos dado que el artículo 49.1 del TRLCSP ya citado, dispone claramente que contra las resoluciones dictadas en los procedimientos del recurso especial en materia de contratación sólo cabe el recurso contencioso administrativo, lo que excluye la posibilidad de interposición de cualquier otro recurso administrativo del tipo que sea y, entre ellos, del extraordinario de revisión. Si este recurso no se regula en la Ley de Contratos, se debe precisamente a que se excluye tajantemente su aplicación».

Conforme a lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y l) y 11.1.f), de la LJCA. 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.

(2243) A juicio de los autores de esta obra, se trata de un contenido que ya se encontraba incluido 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».

(2244) Resolución del OARC número 129/2014, sobre la posibilidad de recurrir la resolución del órgano de contratación por la que se ejecuta la resolución dictada por un órgano independiente de recursos contractuales. Respecto a esta cuestión se señala que, si la acción no versa sobre ninguna cuestión novedosa, sino que versa sobre contenidos que se limitan a ejecutar, existiendo identidad de la causa de pedir, es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007), deben ser apreciados los efectos de la denominada cosa juzgada administrativa.

En el último párrafo del mencionado artículo 59 se adiciona, de modo innecesario a juicio de los autores de esta obra (2245), 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».

El artículo 60 de la LCSP dispone 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 LJCA, al órgano de contratación autor del acto que hubiera sido objeto del recurso y a los restantes comparecidos en el procedimiento.

2. MEDIDAS CAUTELARES

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 (2246). 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

(2245) 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”. Sobre esta cuestión, la Resolución del TACRC número 686/2022, de 7 de junio, aplica precisamente dicho precepto de la LPACAP en un supuesto en el que, por error en la confección de un acta de la mesa de contratación, aparecía la firma de la Presidente aunque había sido sustituida por indisposición. (2246) 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 (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 artículo 67.3 de Ley 62/2003, de 30 de diciembre).



de ejecutividad de los propios actos administrativos a que se refiere el artículo 58 de la LPACAP, puedan causarse perjuicios adicionales a los que ya haya podido producir la decisión objeto del mismo. El primer objetivo, «de corregir infracciones de procedimiento», no parece que pueda resultar predicable de las medidas cautelares sino de la resolución que se dicte en el propio REMC, ya que solamente ésta podrá reparar el vicio producido.

El artículo 49.1, último inciso, de la LCSP realiza una enumeración abierta de las posibles medidas cautelares a adoptar al señalar 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».

Además, dispone que las medidas pueden ser solicitadas, a instancia de las personas legitimadas para interponer el REMC a tenor de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP, antes de la presentación del escrito de interposición, en el propio cuerpo del recurso o bien en documento aparte, o con posterioridad a su presentación.

Por su parte, además, el artículo 56.3 párrafo último de la LCSP establece que las medidas podrán ser acordadas de oficio por el órgano competente para resolver el REMC en cualquier fase del procedimiento previa audiencia del órgano de contratación autor del acto impugnado. Acerca de dicha posibilidad, a juicio de los autores de esta obra, resultaría necesario, a tenor del artículo 82.1 de la LPACAP (2247) 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.

El artículo 49.2 de la LCSP establece que el órgano competente para resolver el recurso deberá adoptar decisión en forma motivada (2248) sobre las medidas cautelares dentro de los 5 días hábiles (2249) siguientes a la presentación del

(2247) 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».

(2248) 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 TACRC 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».

(2249) 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

escrito en que se soliciten. A estos efectos, 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 2 días hábiles (2250), 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 con 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 (2251) 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 este 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.

El artículo 49.3 de la LCSP dispone que cuando de la adopción de las medidas cautelares puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá

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».

(2250) 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».

(2251) 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».



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. Reglamentariamente se determinará la cuantía y forma de la garantía a constituir, así como los requisitos para su devolución que en todo caso deberán atender al principio de proporcionalidad y tener en cuenta el sujeto y el objeto afectados.

El artículo 49.4 de la LCSP establece que, salvo que se acuerde lo contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados (2252).

El artículo 49.5 de la LCSP dispone que las medidas cautelares que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del REMC 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 correspondien-

(2252) Resolución del TACRC número 758/2018, de 16 de agosto, en la que analiza la rectificación del anuncio de licitación del procedimiento de licitación de un contrato de suministro de energía eléctrica, SARA, en el que se procedía a la ampliación del plazo de presentación de ofertas una vez que se había desestimado un recurso especial anterior con levantamiento de la suspensión del procedimiento, cuando la suspensión de dicho plazo no había sido acordada expresamente por el TACRC en la resolución de adopción de medidas cautelares, como establece expresamente el artículo 49.4 de la LCSP.

En su informe el órgano de contratación dio la razón al recurrente por lo que el TACRC se plantea qué tipo de forma del procedimiento cabría aplicar. Razona que no procede la declaración de «satisfacción extraprocesal de la pretensión ejercitada por la recurrente» pues ni en la LCSP (sólo prevé la estimación, la desestimación o la inadmisión del recurso) ni la LPACAP (la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud y la declaración de caducidad), que resulta de aplicación supletoria a tenor de lo dispuesto en la disposición final cuarta de la LCSP, recogen este tipo de terminación del procedimiento.

Ante esta situación, aprovechó que el órgano de contratación rectificó el anuncio, después de ser interpuesto el recurso especial, para señalar que se trata de un supuesto de reconocimiento de las pretensiones en vía administrativa, pronunciamiento que solo puede tener encaje en la forma de terminación de «estimación» del recurso especial.

te pronunciamiento judicial sobre la solicitud». Ello, lógicamente, acarrearía el bloqueo en la propia tramitación del contrato.

El artículo 57.3 de la LCSP establece que la resolución del REMC 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.

3. ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

A. **Ámbito de aplicación**

A lo largo de esta obra se ha realizado alguna referencia puntual en relación con la jurisdicción competente (2253), especialmente en el caso de las modificaciones contractuales (2254), haciendo especial referencia a la «teoría de los

(2253) STJUE de 29 de julio de 2019, en la que analiza el resarcimiento del daño supuestamente causado por un tribunal supremo de uno de los países comunitarios que dictó en última instancia un pronunciamiento judicial contrario al Derecho de la UE. Para ello se fundamenta en la STJUE de 8 de abril de 2003, *Köbler contra la República de Austria* que se basa en la jurisprudencia del tribunal mantenida en las SSTJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros*, y de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, en las que se analiza el alcance del principio jurisprudencial de la responsabilidad del Estado en caso de violación del Derecho Comunitario.

(2254) Sexta Parte «Normas aplicables a la contratación de un Poder Adjudicador Administración Pública», «10. Ejecución de los contratos administrativos», «F. Modificación contractual», «c. Ámbito de aplicación», en el que se señala lo siguiente: «En correlación con el citado artículo 319, párrafo primero, de la LCSP, el artículo 27.1.c) dispone que serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo “Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones contractuales, cuando la impugnación de estas últimas se base en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, cuando se entienda que dicha modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública”. En relación con el mencionado artículo 27.1.c), el artículo 27.2.a) de la LCSP dispone, aplicando la “teoría de los actos jurídicos separables”, 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 artículo 27.1.»



actos jurídicos separables» que se hace presente en la LCSP por expresa voluntad del Legislador(2255).

El artículo 27.1 de la LCSP serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo los siguientes contratos y controversias que se planteen en relación con las siguientes cuestiones:

– Poder Adjudicador Administración Pública:

- Contratos administrativos: Las relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción.
- Contratos privados: Las que se susciten en relación con la preparación y adjudicación.

Adicionalmente, respecto de los contratos privados de servicios SARA, que tengan por objeto servicios financieros, con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3, 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 [artículo 25.a) 1.º de la LCSP], y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos [artículo 25 a) 2.º de la LCSP], será competente el citado orden jurisdiccional para conocer de las impugnaciones de las modificaciones contractuales 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.

– Poder Adjudicador No Administración Pública:

Las referidas a la preparación, adjudicación y modificaciones de los contratos privados, cuando la impugnación de estas 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.

– No Poder Adjudicador:

Las relativas a la preparación y adjudicación de los contratos privados que celebran.

(2255) STS, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 2017 señala que «esta sala, con relación a la denominada doctrina de los actos separables, en la citada sentencia 426/2008, de 28 de mayo, tiene declarado lo siguiente: “[...] La doctrina de los actos separables comporta la procedencia de reservar para la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos previos a la perfección del contrato privado celebrado por la Administración y se funda en que dichos actos, aun cuando condicionan la validez y los efectos del contrato, pueden ser impugnados ante aquella jurisdicción con carácter independiente.”».

Será competente para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos administrativos de resolución de los REMC (artículo 44 de la LCSP) y de los recursos administrativos ordinarios (artículo 321.5 de la LCSP).

Por último, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será competente para conocer de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación, adjudicación y modificación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la LCSP.

El artículo 27.2 de la LCSP serán competencia del orden jurisdiccional civil los siguientes contratos y controversias que se planteen en relación con las siguientes cuestiones:

– Poder Adjudicador Administración Pública y Poder Adjudicador No Administración Pública:

Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados, con excepción de las modificaciones contractuales que sean competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

– No Poder Adjudicador:

Las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos privados.

Así mismo, el conocimiento de las cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, 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 Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

B. Órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Aunque esta obra, por supuesto, no tiene carácter procesal, se van a realizar unas breves consideraciones sobre los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que resultarán competentes para conocer del ámbito de aplicación recogido en el ya comentado artículo 27.1 de la LCSP.

A tenor de la LJCA, dichos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa serán los siguientes:

– La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que conocerá en única instancia de las resoluciones dictadas por el TACRC, con excepción de

los casos en los que las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales dispongan de órganos propios para resolver de los REMC (artículo 11.f) de la LJCA).

- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, que conocerán de las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de REMC en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales (artículo 10.1.k) de la LJCA).
- La Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de las resoluciones dictadas as resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales (2256) (artículo 10.1.l) de la LJCA).

C. Legitimación

El artículo 19.4 de la LJCA dispone que las Administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de Contratos del Sector Público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad.

El artículo 1.2 de la LCSP establece lo siguiente:

«Se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración local.

(2256) La disposición adicional vigésima novena.1, párrafos primero y segundo, de la LCSP sobre «Régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y Entidades Contratantes adscritas a ella», dispone lo siguiente:

«1. A medida que el número de asuntos sometidos al conocimiento y resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 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 presente Ley, 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».

BIBLIOGRAFÍA

ABOGACÍA DEL ESTADO: *Memento Contratación Pública*, Ed. Lefebvre-El Derecho, 2021.

AGUADO ROMERO, J., y HUERTA BARAJAS, J. A.: «La contribución de la auditoría de contratos en las adquisiciones de bienes y servicios específicos para la defensa», *Auditoría Pública* número 36, 2005.

ALEMANY GARCÍAS, J.: *El contrato de concesión de servicios. Un estudio jurídico*, Ed. Iustel, 2019.

ALMONACID LAMELAS, V.: «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/>, 2017.

— «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/>, 2018.

ALONSO GARCIA, R.: *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.

ÁLVARO MONTERO DE, A.: *Abogacía y Proceso Contencioso Administrativo*, Edit. Tirant lo Blanch, 2019.

AMOEDO SOUTO, C. A.: «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>, 2018.



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, pp. 37-69, 2009.

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, ed. CESEDEN, Madrid, pp. 46 a 67. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2017/DIEEET02-2017_Contratacion_Art346_TratadoFuncionamiento_UE.PDF, 2017.

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «Las 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.: *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>, 2017.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <http://ignasibeltran.com/2017/11/13/ley-92017-de-contratos-del-sector-publico-y-subrogacion-de-empresa/>, 2017.

BENÍTEZ OSTOS, A. y CANDELA TALAVERO, J. E.: *Manual sobre el contrato menor*, Ed. Aranzadi, 2021.

BERNAL BLAY, M. A.: «*Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos*», Observatorio de la contratación pública, Zaragoza, 2013.

BUSQUETS LÓPEZ, M. A. y CASTRO RAIMÓNDEZ, J.: *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>, 2010.

BUSTOS, G.: *¿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>, 2017.

CABETAS BELLO, J. I.: «La eficiencia de los acuerdos marco», *Revista de la Asociación Interventores Auditores Estado*, julio 2014.

CALVO Y RUATA, P.: «Nuevo impulso a las declaraciones responsables en la contratación administrativa», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, número 5, 2013.

CAMPOS ACUÑA, C.: *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Ed. El Consultor de Los Ayuntamientos, 2021.

CANALES GIL, A.: «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, 1994.

- «El Sector Público Empresarial desde la 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.
- «*El control de la eficiencia sobre el precio en la Contratación Pública: el incidente de diálogo competitivo*», Editorial Ministerio de Defensa, Madrid, 2000.
- «La Contratación Pública después de la entrada en vigor del Reglamento de Contratos: Avance o estancamiento», *Ayuntamiento XXI*, número 4.
- «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, 2003.
- «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, 2009.

CANALES GIL, A., y HUERTA BARAJAS, J. A.: *Comentarios sobre la Contratación Pública y la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial IUGM/UNED, Madrid. 2008.

- *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, 2010.
- «La Ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. Transposición de Directiva 2009/81/CE», *Contratación adminis-*

CONSEJO DE ESTADO: *Memoria del Consejo de Estado de 2008*, Segunda Parte: Observaciones y sugerencias, Epígrafe IX, La caducidad en el procedimiento de resolución contractual, pp. 219-237, Madrid, 2009.

— *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.

CUESTA CALLEJA, H.: «Las variantes y mejoras en la contratación del sector público», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, Institución Fernando el Católico, septiembre, 2016.

DE ALVARO MONTERO: *Abogacía y proceso contencioso-administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DELGADO FERNÁNDEZ, M. RL: «El cálculo del coste de ciclo de vida en la Contratación Administrativa», *Gabilex* número 7, septiembre de 2016.

DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, L.: «El Tribunal de Recursos contractuales de las Cortes Generales», *Revista Documentación Administrativa*, número 288, 2010.

DIEZ SASTRE, S.: *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.

DOMINGUEZ OLIVERA, R.: *Código anotado de Contratación Pública*, Editorial Cívitas, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *El nuevo régimen de contratación pública. Comentarios a la luz de la Ley 9/2017 de Contratos del sector público*, Editorial Bosch, Barcelona, 2018.

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.

FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: «El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Documentación Administrativa*, número 4, INAP, diciembre 2017.

FUERTES LÓPEZ, F. J.: «10 cuestiones sobre la nueva Ley de Contratos del sector público», *Revista de Estudios Locales*, diciembre 2017.

GALLEGO CÓRCOLES, M. I.: «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa*, número 4, INAP, diciembre 2017.



GIMENO FELIU, J. M.: «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.

GÓMEZ GUZMÁN, J. C.: *La determinación del precio en los contratos públicos con base en el coste*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, 2018.

GONZÁLEZ BOTIJA, F. y RODRÍGUEZ MORILLA, J. A.: *El modificado en el contrato de obra pública*, Ed. Atelier, 2021.

GONZÁLEZ, A. y MUÑOZ, J.: *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, 2016.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «Colaboración público-privada y transferencia de riesgos», *Revista Ius et veritas*, 2021.

— *Los servicios en el contrato de cloud o el contrato de cloud como contrato de servicios*, <https://www.globalpoliticsandlaw.com/category/derecho/>, 2021.

— *Cláusulas sociales y ambientales de contratación pública*, <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2018/02/26/clausulas-sociales-y-ambientales-de-contratacion-publica/>, 2018.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *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

— *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona.

GUERRA, A., MACIA, A. y DELGADO, A.: «La externalización, una realidad integrada en la gestión de la empresa», *Economía Industrial*, número 360, 2006, pp. 163 a 174).

HARIOU, A.: *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1971.

HERNÁNDEZ GARCÍA, C.: «Descentralización productiva en la empresa», *Boletín Económico del ICE*, número 2785, noviembre de 2003,

HUERGO LORA, A.: «El riesgo operacional en la nueva ley de contratos del sector público», *Documentación Administrativa*, número 4, INAP, diciembre 2017.

HUERTA BARAJAS, J. A.: «Un protocolo para el establecimiento del precio del gasto de Defensa», *Revista General de Marina*, Madrid, 2003.

- «La evaluación previa de la colaboración del sector público y sector privado. El diálogo competitivo en la nueva LCSP», *Auditoria Publica*, 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, 2008.
- «La determinación del precio en situaciones de carencia de referencias de mercado y escasa concurrencia», *Contratación Administrativa Práctica*, número 89, 2009.
- «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, 2011.
- *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>, 2017

HUERTA MÉRIDA, C.: *Claves de los medios propios en la Ley 9/2017. Alternativas y propuestas de mejora*, Ed. ISDEFE/UNED, 2021.

- «Los principales riesgos en el uso de encargos de medios propios en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, Núm. Extra 4 (diciembre), 2018.

IBAÑEZ, M.: *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, 2018.

ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, Ed. Cívitas, 2019.

JIMÉNEZ ZÚÑIGA, R.: *Derecho administrativo. Procedimientos, actos y contratos administrativos*, Ed. CEF, 2020.

LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «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 2017.

LÓPEZ ZURITA, L.: «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 2017.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: *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.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. y BOCOS REDONDO, P.: *Contratación del sector público local*, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: *Contratación pública y transparencia*, Editorial La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.

— «Contratación del sector público local». *El Consultor de los Ayuntamientos*, Madrid, 2018.

MEILÁN GIL, J. L. y GARCÍA PÉREZ, M.: *Norma y acto administrativos*, Editorial Iustel, Madrid, 2018.

MENDEZ GÓMEZ, E.: *Contratos del sector público: Contrato de servicio*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *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>, 2008.

MESA VILA, M.: *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>, 2018.

MESTRE DELGADO, J. F. y MANENT ALONSO, L.: *La Ley de Contratos del Sector Público Ley 9/2017, de 8 de noviembre: aspectos novedosos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MICINN: *Guía de Compra Pública Innovadora*, http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Políticas_Fomento_Innv./Guia_CPI.pdf, 2015.

MIRANZO DIAZ JAVIER: *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Ed. Aranzadi, 2020.

— *La prevención de la corrupción en la Contratación Pública*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, 2019.



PIÑAR MAÑAS, J. L.: «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, 1996.

PINTOS GONZALEZ, J.: *La implantación de la administración electrónica y de la e-factura*, Ed. El consultor de los Ayuntamientos, 2020.

— *Todo sobre el contrato menor*, Ed. El consultor de los Ayuntamientos.

REGO BLANCO, M. D.: «Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la ley de contratos del sector público de 2017», *Documentación Administrativa*, número 4, INAP, diciembre 2017.

RODRIGUEZ MARTIN-RETORTILLO, M. C.: *La Modificación del Contrato de Obras*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ROMAR VILLAR, J. C.: *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>, 2017.

RUIZ DAIMIEL, M.: *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/releategoria.208/relemenu.3/chk.feal14c66ae44ad97e949879fffdcc41>, 2017

— *La resolución del contrato administrativo de obra, suministro y servicios. Con la Doctrina del Consejo de Estado y de los consejos consultivos de las comunidades autónomas*, Ed. Ministerio de Justicia, 2021.

SANMARTÍN MORA, M. A.: *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/releategoria.208/relemenu.3/chk.c6a87637273d092fad041c976984a59b>, 2018.

SANTACANA GÓMEZ, J. M.: «El iter procedimental de los expedientes de encomiendas de gestión tramitados por la administración general del estado», *Revista Cuenta con IGAE*, número 25, diciembre 2010.

— «La tramitación de los contratos menores», *Revista de la Asociación Inter-ventores Auditores Estado*, número 54, Madrid julio 2014.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, M. J.: *Los tribunales administrativos de recursos contractuales como mecanismos de controlen la contratación pública. Perspectiva actual y de futuro*, <http://www.auditoriapublica.com/hemeroteca/Auditor%C3%ADA%20P%C3%ABblica%20n%C2%BA%2066%20pag%20105-118.pdf>, 2015.



VÁZQUEZ MATILLA, F. J. y RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.: *Análisis de la afección del Real Decreto Ley 3/2022, de 1 de marzo en contratación pública: compensaciones por incremento de materias primas y exoneración cumplimiento LCSP en la de compra de determinados medicamentos Covid*, <https://www.javiervazquezmatilla.com/analisis-de-las-afeccion-del-real-decreto-ley-3-2022-de-1-de-marzo-en-contratacion-publica-compensaciones-por-incremento-de-materias-primas-y-exoneracion-cumplimiento-lcsp-en-la-de-compra-de-determin/>, 2022.

VILLANUEVA CUEVAS, J: *La contratación menor en España*, Ed. Wolters Kluwer, 2021.

YÁÑEZ SÁNCHEZ, G.: *Contratación pública electrónica obligatoria*, <http://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAM-tMSbF1CTEAAiNTC3NLU7Wy1KLizPw8WyMDQ3NDQyMjkEBmWqVLfn-JIZUGqbVpiTnEqAIuUffg1AAAAWKE>, 2018.



BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA