

**JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÙ (Ed.)**



**Zaragoza, 2008**



MONOGRAFÍAS DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

---

X

---

**JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÙ (Ed.)**

**EL DERECHO DE LOS CONTRATOS  
DEL SECTOR PÚBLICO**

**Zaragoza, 2008**

## REGLAS SOBRE EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Enviar los originales impresos y en disquete de ordenador.

2. Los epígrafes que subdividan la exposición debieran responder a la siguiente secuencia:

**I. SUBDIVISIONES PRINCIPALES: 1. Subdivisiones intermedias: A) Subdivisiones finales.**  
Sólo excepcionalmente se empleará una mayor variedad de subdivisiones.

El trabajo irá encabezado por un **SUMARIO** que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un RESUMEN y la identificación de unas *Palabras clave*, ambos en español y en inglés.

3. Las citas bibliográficas debieran responder a los siguientes modelos:

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del libro*, Ciudad, Editorial, año, p. X (o p. X ss.).

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del capítulo o de la colaboración*, en el vol. col. dirigido por Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del volumen colectivo*, Ciudad, Editorial, año, p. X (o p. X ss.).

Nombre APELLIDO APELLIDO, *Título del artículo*, en «Nombre de la Revista» (o en abreviaturas, tipo RAP; si se trata de la RArAP se indicará «en esta REVISTA»), núm. H (año), p. X (o p. X ss.).

En sucesivas citas, bastará con indicar APELLIDO APELLIDO, *Título, incluso abreviado*, cit., p. X (o X ss.).

También cabe organizar las citas exclusivamente por el sistema de lista alfabética final, incluyendo en el texto referencias del tipo: APELLIDO APELLIDO (año), p. X (o p. X ss.).

4. Los originales se someterán a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo de Redacción (11 de cuyos miembros son externos al Gobierno de Aragón, que publica la Revista, y que cuenta con otros 7 miembros). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la Revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la Revista una lista de dichos evaluadores.

5. El original de los trabajos irá precedido de una página en la que se indique el nombre del autor o autores, su correspondiente NIF, su dirección completa y un número de teléfono de contacto o, en su caso, dirección de correo electrónico.

6. La aceptación de la publicación de un trabajo en la *Revista Aragonesa de Administración Pública* conllevará la cesión de los derechos de autor a los exclusivos efectos de la inclusión de dicho trabajo en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés ([www.derechoaragones.es](http://www.derechoaragones.es)) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE  
CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

**Suscripciones:** Revista Aragonesa de Administración Pública, Instituto Aragonés de Administración Pública, Comunidad Autónoma de Aragón, Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

Precio de la suscripción anual: 21,04 € + IVA

Número suelto: 12,02 € + IVA

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón  
Departamento de Presidencia

I.S.S.N.: 1133-4797

Depósito Legal: Z. 730-93

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

## ÍNDICE

	<i>Páginas</i>
<i>Lista de colaboradores</i> .....	7
PRESENTACIÓN .....	9
J.M. GIMENO FELIÙ: <i>Aproximación a las principales novedades de la Ley de contratos del sector público</i> .....	13
J.A. MORENO MOLINA: <i>La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público</i> .....	49
A. PEÑA OCHOA: <i>El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público</i> .....	87
J. BERMEJO VERA: <i>Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público</i> .....	109
M <sup>º</sup> .A. SANMARTÍN MORA: <i>La configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación en la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007</i> .....	141
J.M. GIMENO FELIÙ: <i>La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa</i> .....	155
J. DOMÍNGUEZ-MACAYA: <i>La contratación electrónica en la LCSP. Análisis y una respuesta: ¿es posible obligar a los licitadores a licitar por medios electrónicos?</i> .....	185
M.Á. BERNAL BLAY: <i>Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público</i> .....	211
P.L. MARTÍNEZ PALLARÉS: <i>Las entidades locales y la Ley de contratos del sector público</i> .....	253
B. NOGUERA DE LA MUELA: <i>El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE</i> .....	295



## LISTA DE COLABORADORES

BERMEJO VERA, José:

Catedrático de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Zaragoza.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel:

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.

DOMINGUEZ-MACAYA, Jaime:

Director de Patrimonio del Gobierno vasco.

GIMENO FELIÙ, José María:

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Zaragoza.

MARTÍNEZ PALLARÉS, Pedro Luis:

Letrado-Asesor de la Diputación de Zaragoza,  
Profesor Asociado de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho,  
Universidad de Zaragoza.

MORENO MOLINA, José Antonio:

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de  
Castilla-La Mancha.

NOGUERA DE LA MUELA, Belén:

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

PEÑA OCHOA, Alfonso:

Funcionario Superior de la Administración de la Comunidad Autónoma de  
Aragón, Subdirector General de la Corporación Empresarial Pública  
de Aragón, Gobierno de Aragón.

SANMARTÍN MORA, María Asunción:

Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.





# PRESENTACIÓN

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÙ

La Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 presenta importantes novedades prácticas cuyo concreto alcance exige un esfuerzo para la adecuada comprensión y valoración concreta. Novedades derivadas, por un lado, de la necesidad de trasponer el derecho comunitario y de otro, intentar «agilizar» los procedimientos de la contratación superando una visión excesivamente burocrática. En todo, querría insistir en una idea que me parece clave; que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede —y debe, diría— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. En este sentido el Considerando 5 de la Directiva 2004/18 es elocuente:

«Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio.»

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país. La Ley realiza, como advierte ya en su Exposición de Motivos, una decidida apuesta por renovar la filosofía de la regulación de los contratos públicos y tiene por objetivo adecuarse al marco normativo. A tal fin abandona como eje de la norma la figura del contrato administrativo, extiende su ámbito de aplicación al sector público (dis-

tinguiendo entre contratos armonizados y no armonizados, en función del umbral de aplicación de la Directiva 2004/18), regula nuevos procedimientos e incorpora los medios y procedimientos electrónicos. Y una segunda observación: la normativa comunitaria no sólo alcanza a los contratos de umbrales que fija la Directiva sino que también, en cuanto principios del Tratado, funciona para los de importe inferior (la distinción entre armonizados y no armonizados puede conducir una perversión del modelo).

En este contexto, la LCSP contiene una reflexión importante sobre la dirección de la nueva reforma y una decisión de alterar las tradicionales formas de actuación en la contratación pública (1). Y ello justifica y explica la nueva y diversa estructura de la Ley. Sin embargo el resultado presenta incertidumbres. Y es que su sistemática, a mi entender, aporta más confusión que claridad. Sin duda hubiera resultado una mejor opción legislativa el que se abordasen las cuestiones en una secuencia lógica que podría consistir en la definición de los principios aplicables para regular después los distintos sujetos que intervienen —poder adjudicador y operador económico— y de los contratos incluidos y negocios excluidos

Legislación que, como se explica en la Exposición de Motivos, pretende fundamentarse directamente en el Derecho comunitario de la contratación pública y anteponer a todos los demás objetivos el de asegurar la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. Y así resulta paradigmático de esta voluntad lo declarado en el artículo 1 LCSP al fijar como objetivos «asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Con este número monográfico se pretender intentar realizar un análisis específico de alguna de las principales novedades de la Ley renunciando, por motivos obvios, a una visión general que tuviera un mero valor propedéutico. En la selección de los temas se ha pretendido ofrecer al lector una visión detallada y práctica de las cuestiones elegidas que son tratadas con exhaustividad por autores de gran solvencia en esa concreta materia (tanto desde una

---

(1) Sobre la filosofía y justificación de la LCSP me remito al trabajo de B. PÉREZ CRESPO «Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en libro col. (Dir. J.A. MORENO MOLINA) *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

perspectiva académica como de la gestión de los contratos o de asesoramiento consultivo).

Alguno de los estudios son las ponencias presentadas en el Curso que, sobre esta Ley de Contratos, se impartió en la UIMP Pirineos en colaboración con la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en Formigal en septiembre de 2008. Otros completan esta visión específica sobre las principales novedades del nuevo marco normativo.

En todo caso, el escenario, lejos de parecer estable y consolidado, se nos antoja como de «transición», tanto por exigencias del derecho comunitario (la Comisión ha detectado ya posible incumplimientos tanto en la regulación de los modificados-complementarios como de los recursos) como de innovación normativa por las Comunidades Autónomas que pueden —quizá siguiendo el modelo de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos— adoptar una Ley de Contratos autonómica respetuosa con el marco competencial y el derecho comunitario, pero que evite ciertas consecuencias que la LCSP despliega en la actualidad y que conducen a una preocupante privatización del régimen de los contratos públicos o a interpretaciones contrarias a la Directiva 2004/18, de contratos, lo que se traduce en una innecesaria inseguridad jurídica que «complica» la gestión de la contratación pública dado que, en estos supuestos de «colisión», obviamente, como se pone de manifiesto en la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), se debe dejar sin aplicar las normas nacionales que impiden cumplir la obligación que se desprende de la normativa comunitaria.

El tiempo dará adecuada respuesta a las cuestiones y observaciones que se presentan en este número monográfico.



# **APROXIMACION A LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO<sup>(\*)</sup>**

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL FUNDAMENTO COMUNITARIO DE LA REFORMA.— II. DE LA TRASPOSICION DEL DERECHO COMUNITARIO A TRAVES DE LA LCSP: 1. Del ambito de aplicación: ¿se cumple con el Derecho comunitario? 2. La tipología de contratos: hacia una mejor depuración conceptual y un nuevo contrato administrativo típico. 3. Negocios jurídicos excluidos de la aplicación de la LCSP: encargos y convenios. 4. De los procedimientos de licitación. La incorporación de las TICs. 5. De la ejecución de los contratos. 6. Del valor de los contratos. Del IVA. 7. Del recurso en contratación pública. La insuficiencia del modelo.*

*RESUMEN: Análisis de las principales novedades de la nueva Ley de Contratos del sector público y su concreta incidencia práctica. Valoración global de la reforma efectuada desde la perspectiva del Derecho comunitario.*

*Palabras clave: contratos públicos; novedades legales.*

*ABSTRACT: Analysis of the main novelties of the new Public Procurement Law 2007 and their practical incidence. General assessment of the legal amendment in the light of the EU Law.*

*Key words: public procurement; legal novelties.*

## **I. INTRODUCCIÓN: EL FUNDAMENTO COMUNITARIO DE LA REFORMA**

La reciente Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 debe ser enmarcada en el contexto de la normativa comunitaria. Como es

---

(\*) Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)», Ref. SEJ2006-13188/JURI.

bien conocido, la Unión europea aspira a la consecución de un mercado interior en el que la contratación pública se presenta como uno de los escenarios donde debe incidirse con mayor intensidad dada su repercusión económica (se cifra en 16.1 PIB de la Unión) (1). Y a tal efecto las instituciones comunitarias han aprobado el llamado paquete legislativo en contratación pública para hacer efectivo este fin. Se trata de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos, que establece un nuevo marco jurídico más conforme a las reglas de una Administración moderna y que pretende una adecuada y eficiente gestión de fondos públicos (2). En todo caso, la aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a insistir en unas precisiones previas (3). La primera, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede —y debe, diría— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de

---

(1) La contratación pública, habida cuenta la importante trascendencia de la misma en el correcto funcionamiento de la economía, se ha convertido en un objetivo básico de la Comunidad Europea de cara a la consecución de un mercado único europeo. De esta manera puede —y debe— hablarse de una política comunitaria en el campo de la contratación pública que permita asegurar la existencia de un marco jurídico uniforme aplicable en este campo y sin exclusiones a todos los países miembros. Con dicha normativa se podrá conseguir de forma satisfactoria una correcta adecuación de las distintas políticas económicas nacionales que promuevan las condiciones necesarias de cara a la efectiva implantación de las políticas comunes a las que se refiere el Tratado de la Unión Europea lo que supone, por lo demás, la necesidad de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Estas reflexiones pueden ser consultadas en mi trabajo *La nueva contratación pública europea*, Cívitas, Madrid, 2006.

(2) Sobre el contenido de la misma, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ GARCÍA, M., «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», RAP 166, 2005, pp. 281-320. En cuanto a los umbrales recuérdese que son de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 1422/2007, de 4 de diciembre, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que conciernen a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos

(3) Como primera novedad de esta Directiva cabe destacar la que ella misma señala en su considerando 1: «La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 [principios del Tratado, libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia]».

cómo deben canalizarse los fondos públicos (4). En este sentido el Considerando 5 de la Directiva 2004/18 es elocuente:

«Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio.»

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública.

Por último, la contratación pública, aunque con claros componentes de naturaleza presupuestaria, no puede verse condicionada por los mismos, ya que tiene naturaleza autónoma. Es más, en muchas ocasiones son esos condicionantes presupuestarios los que obligan a una lectura o una práctica no conforme con al esencia de las reglas de los contratos públicos. Práctica que está comportando la imposición de medidas financieras de corrección por las Instituciones comunitarias al constatarse en un incumpli-

---

(4) Así se entiende la previsión de la Directiva de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Igualmente, en una adecuada interpretación teleológica, parece lógico entender que también podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social. En todo caso, debería preverse que, por ejemplo, el importe de los contratos reservados no podrá superar el 2º por ciento del importe de los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (Los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición).

miento de las reglas de licitación pública en prestaciones financiadas con ayudas comunitarias (5).

Estas nueva Directiva pretenden, en palabras de sus Considerandos (6):

«responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales... contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. *No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública*» (cursiva nuestra) (7).

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos no existiendo, por tanto, ámbitos de la contrata-

---

(5) De hecho, en nota de prensa de 14 de enero de 2005, la Comisión anuncia la remisión a España de un dictamen motivado (instrumento previo a la interposición del recurso por incumplimiento del artículo 226 TCE) por no transponer correctamente el concepto de entidades de derecho público de la directiva puesto que excluye de él a las fundaciones, «incluso tras una modificación introducida en 2003» en alusión a la Ley 62/2003.

(6) En cuanto a los umbrales recuérdese que desde el 1 de enero son de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos

(7) Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J.A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.



ción pública exentos en función su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEÓN, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados (8). Esta afirmación queda avalada por la reciente Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006). Y así lo corrobora la reciente STJCE de 14 de junio de 2007 (*Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio*) al afirmar que en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario:

«efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de «entidad adjudicadora». Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de éstas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; auto *Vestergaard*, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48)».

---

(8) Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. «La influencia del Derecho comunitario en al interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

Como se ha observado, esta nueva normativa incorpora las resoluciones del TJCE. Se constata la importancia de esta jurisprudencia, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que, en modo alguno, pueden conducirnos a interpretaciones contrarias a dicha doctrina. Así se pone de manifiesto en la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que «son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.» (negrita nuestra). Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos» (9). Solo así cobra sentido el principio de seguridad jurídica (10).

En consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam* (11). De esta forma, en las mismas Directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros.

---

(9) L. MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad (publicado en Cuadernos Civitas, Madrid, 2004).

(10) Vid. J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Discurso de ingreso Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005, pp. 105-117. Publicación en Cuadernos Civitas, Madrid, 2006.

(11) Compartimos en este punto la opinión de ORDÓÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. «La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo», *Boletín informativo del Ministerio de Justicia* núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

## II. DE LA TRASPOSICION DEL DERECHO COMUNITARIO A TRAVES DE LA LCSP

La trasposición de la citada Directiva se ha efectuado en el Reino de España mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP) vencido con creces el plazo para la misma (1 de febrero de 2006) (12). Pues bien, el actual texto de la Ley de Contratos del Sector Público presentado por el Gobierno en septiembre de 2006 ha sido respondido muy críticamente desde del mundo empresarial, habiendo solicitado incluso la CEOE cuando se inició su tramitación parlamentaria la retirada de la iniciativa (13). Y es que, atendiendo a lo que hemos expuesto en el apartado anterior la LCSP se nos presenta quizá como conservadora en el fondo y «excesivamente» innovadora en la sistemática utilizada (14). Es más, y como observación inicial, entiendo que la Ley, por su ámbito, debería haberse denominado —siguiendo el modelo del derecho comparado: Francia, Italia, Portugal, etc., con Códigos de Contratos Públicos— Ley de Contratos Públicos (15).

La Ley realiza, como advierte ya en su Exposición de Motivos, una decidida apuesta por renovar la filosofía de la regulación de los contratos públicos y tiene por objetivo adecuarse al marco normativo. A tal fin abandona como eje de la norma la figura del contrato administrativo, extiende su ámbito de aplicación al sector público (distinguiendo entre contratos armonizados y no armonizados, en función del umbral de aplicación de la Directiva 2004/18), regula nuevos procedimientos e incorpora los medios y procedimientos electrónicos. Ciertamente hay una reflexión importante sobre la dirección de la nueva

---

(12) Vid José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, «Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 4/2008, Editorial Aranzadi, Pamplona, mayo 2008.

(13) Una primera crítica formal es que este texto legal no cumple las directrices de técnicas normativas aprobadas por la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, que contiene las directrices para la elaboración de las normas, determinando criterios generales de técnica normativa. Y no cumple porque la estructura no es correcta, no se siguen las instrucciones de redacción de los artículos y estos son demasiado extensos y existen más de quinientas remisiones en el texto, lo que convierten al producto final en un claro ejemplo de inseguridad jurídica. Valoración que igualmente sostiene el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen núm. 514, de 25 de mayo de 2006, aconsejando «una completa revisión del texto para hacer más cómodo su manejo y más sencilla su intelección».

(14) Vid GIMENO FELIU, «Observaciones al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm 52, abril, 2006, pp. 33-46 y «Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del sector público», *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 14, 2007.

(15) Un interesante trabajo sobre esta Ley es el de S. DEL SAZ, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *RAP* núm. 174, 2007, pp. 355 y ss.

reforma y una decisión de alterar las tradicionales formas de actuación en la contratación pública (16). Y ello justifica y explica la nueva y diversa estructura de la LCSP (17). Sin embargo el resultado presenta incertidumbres. Y es que su sistemática, a mi entender, aporta más confusión que claridad. Sin duda hubiera resultado una mejor opción legislativa el que se abordasen las cuestiones en una secuencia lógica que podría consistir en la definición de los principios aplicables para regular después los distintos sujetos que intervienen —poder adjudicador y operador económico— y de los contratos incluidos y negocios excluidos (18).

En línea similar a la crítica expuesta se ha posicionado el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen 514/2006 de 25 de mayo de 2006. En el mismo se indica lo siguiente:

«llama la atención que no se haya recabado informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, «órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa» (artículo 10.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), (...) debería

---

(16) Sobre la filosofía y justificación de la LCSP me remito al trabajo de B. PÉREZ CRESPO «Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público» en libro col. (Dir. J.A. MORENO MOLINA) *La Ley de Contratos del Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

(17) La LCSP está integrada por un Título Preliminar (disposiciones generales) y cinco Libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de estos contratos, la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y la organización administrativa para la gestión de la contratación. Dos son las notas destacables de esta nueva estructura: en primer lugar, se justifica en la opción por la identificación de las normas derivadas del Derecho comunitario y la modulación del régimen jurídico en razón de distintos sujetos del sector público contratantes como pone de manifiesto la estructura de los Libros II y III, que a su vez se subdividen en Títulos o Capítulos diferentes, uno para las Administraciones públicas y otro para otros contratos (con distinción dentro de éstos, de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas y de los poderes y de otros entes, organismos y entidades del sector público). Más aún, el Libro IV, sobre la ejecución del contrato, se refiere exclusivamente a los contratos administrativos, que tienen como inexcusable condición subjetiva que «siempre que se celebren por una Administración pública» (inciso inicial del art. 19.1 LCSP). Y, en segundo lugar, la estructuración de los libros pretende seguir el «iter» contractual o hilo de desarrollo de los contratos, esto es, las sucesivas fases de condiciones generales (Libro I), preparación (Libro II), adjudicación (Libro IV) y ejecución del contrato (Libro IV). M. GUINOT BARONA considera a esta estructura un inconveniente u obstáculo, pues la dispersión del régimen jurídico de cada contrato dificulta el manejo de la Ley. «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2008, p. 122

(18) La sistemática de la Ley ha llevado a compararla a F. BLANCO con el juego numérico del sudoku. «El procedimiento de selección y los criterios de adjudicación», página 3 de su ponencia en Seminario organizado por IEAP/CER en Barcelona los días 23 y 24 de febrero de 2006.

haber respaldado su tramitación con la consulta e informe de autoridades académicas y universitarias —las únicas entre las mencionadas instancias cuya participación no consta en el expediente—, lo que sin duda hubiera permitido contar con una importante y necesaria perspectiva en no pocos puntos del anteproyecto.

(...) El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público pretende un nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos, que, poniendo término al sistema de sucesivas extensiones impuestas por las exigencias comunitarias, construya desde el principio el sistema de reglas jurídico-públicas partiendo de una perspectiva amplia. Tal planteamiento supone, en primer lugar, una delimitación inicial del ámbito de aplicación en términos más comprensivos (contratos del sector público), pero gira sobre todo alrededor de la pretendida asunción —se verá que no sin problemas— de un criterio funcional, impuesto por el Derecho comunitario, para la exigencia de regímenes contractuales diversos según que los contratos celebrados por entes del sector público se encuentren o no «sujetos a regulación armonizada». Del desarrollo de estos aspectos en el texto del anteproyecto se tratará luego por extenso.

A propósito de todo ello, el Consejo de Estado quiere poner de relieve que el anteproyecto sometido a consulta ha hecho un indudable esfuerzo para servir a estos ambiciosos objetivos. No debe olvidarse, sin embargo, que la conjunción de reglas propias de un consolidado sistema de contratación administrativa de Derecho interno con otras provenientes de las exigencias impuestas por el Derecho comunitario se enfrenta a numerosas dificultades. Muchos de los obstáculos surgidos se pondrán de relieve en los diversos apartados de este dictamen, tratando de ofrecer una vía de solución.

Con carácter general, debe señalarse ahora, de forma destacada, que el éxito en la consecución de los objetivos proyectados y la estabilidad del sistema que resulte del anteproyecto están en función, en buena medida, de la capacidad de este para construirse de forma sencilla y ordenada. La regulación de la ley proyectada debe partir de normas y principios de aplicación claros y generales. En la medida de lo posible, el desarrollo normativo de aspectos tangenciales y de detalle debe deferirse a la norma reglamentaria. *El Consejo de Estado encarece, en definitiva, una revisión global del texto que dé respuesta a los problemas que se observarán y permita construir la norma fundamental de la contratación pública de acuerdo con el nuevo planteamiento que esta pretende (curiosa nuestra)*».

En todo caso, esta nueva sistemática debe ser incorporada —aun con iniciales dificultades— al quehacer diario de los gestores. Pero lo realmente importante es conocer las principales novedades y sus consecuencias prácticas. A efectos enunciativos reseñaremos las que, a nuestro juicio, parecen las principales.

## 1. Del ámbito de aplicación: ¿se cumple con el Derecho comunitario?

El artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 afirma:

«Son considerados “poderes adjudicadores”: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo:

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas» (cursiva nuestra).

Esta definición es clara y pretende conseguir la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria. Y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJCE, que ha optado por criterios subjetivos-funcionales cuando se cumplen con tres requisitos: personalidad jurídica —siendo indiferente que sea privada—, el control o influencia dominante por un poder público, y la realización de una actividad de interés general (que puede ser de carácter industrial o mercantil) (19).

La propia Exposición de motivos de LCSP nos advierte —apartado IV.1— que la finalidad de la Ley es «ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias» y «no dejar entidades del sector público exentas de regulación». Por ello, «la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios» y precisamente «para asegurar el cierre del sistema» se

---

(19) Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27.

incluye una letra h) en el apartado 1 del art. 3 que «funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de *organismo público* de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma», con el fin de garantizar «que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones» (cursiva nuestra) (20).

Sin embargo el legislador estatal ha optado para este crucial aspecto por una trasposición —mediante el art. 3— que, cuando menos, se debe calificar de «barroca» (21). Se describe una especie de círculos concéntricos donde no siempre queda claro quién y por qué se encuentra en cada uno de ellos (22). Así, se define quién, a efectos de esta Ley, es Sector Público, quiénes de éstos son Administración Públicas para, posteriormente, entre quienes no son Administración Pública a efectos de esta Ley decidir quiénes tienen consideración de poder adjudicador (23), y, por último, quién siendo sector

---

(20) Sobre esta cuestión puede verse la Circular Interpretativa 1/2008, de 3 de marzo de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(21) Por otra parte, la LCSP extiende su ámbito objetivo de aplicación por imperativo de su artículo 2: «Artículo 2. Ámbito de aplicación. 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 los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.

2. Están también sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 17, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 250.»

(22) Vid. SOSA WAGNER quien afirma que la LCSP «Describe el legislador el ámbito subjetivo, agrupando en tres círculos concéntricos las personificaciones jurídicas afectadas. El círculo más pequeño, el núcleo esencial, es la enumeración «a los efectos de la Ley» de las Administraciones públicas; engloba este primer círculo y añade nuevos organismos el segundo, que se refiere a «los poderes adjudicadores», para, en último lugar, relacionar todas las Administraciones, instituciones, sociedades y entes que integran el sector público. La descripción resulta aparentemente muy elemental; sin embargo, su exégesis no está exenta de dudas. Es más, al tratar el legislador de mantenerla en todo su discurso, ha introducido un pie forzado que resquebraja tradicionales conquistas del régimen de protección del interés público». «La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 743, 17 de enero de 2008.

(23) Las especialidades en la tramitación en este supuesto son: debe tenerse en cuenta que la solvencia puede acreditarse de modo distinto a lo dispuestos en la LCSP para las Administraciones públicas (63.3 LCSP). En lo relativo a las garantías recuérdese que el artículo 92 LCSP prevé esta posibilidad dejando en manos del ente contratante la cuantía de la misma el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato. Asimismo, como el principio de prohibición de pago aplazado del precio sólo afecta a las Administraciones Públicas puede optarse por esta modalidad (art. 75.7 LCSP) igual que la revisión de precios se puede regular específicamente en los pliegos (art. 75.2 LCSP).

Una advertencia debe realizarse en lo relativo a la tramitación de los contratos de estos entes, y que se recoge en el artículo 121 LCSP, que obliga a que se adopten pliegos de condiciones de

público no tiene condición de poder adjudicador (24). Con todo, el elemento más importante es el apartado e) de ese párrafo 2 cuyo análisis nos lleva a la conclusión de que Consorcios y Agencias Públicas cuando cumplan alguno de los dos requisitos de ese párrafo 2 letra e) tendrán la consideración de Administración Pública y estarán sometidas a las prescripciones de la LCSP en todo caso, tanto en fase de preparación y adjudicación como de cumplimiento y extinción (25). Así, junto a éstos, serán poder adjudicador y Administración pública —siendo en consecuencia con carácter general de naturaleza administrativa— los Entes territoriales, Organismos autónomos, Universidades Públicas y las denominadas Administraciones Independientes (como Banco de España, Comisión del Mercado de Valores, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional del Sector Postal, Agencia de Protección de Datos y Comisión Nacional de la Energía) (26). Pero no serán Administración Pública ni las Entidades públicas empresariales ni los Entes asimilados de las Comunidades Autónomas.

En todo caso, del diseño que presenta la LCSP debe llamarse la atención en que en los contratos no armonizados (no sujetos al umbral fijado por la formativa comunitaria) a quienes no son administración Pública se les exceptúa de las previsiones de la Ley (a modo de deslegalización) y se determina

---

ejecución del contrato si el contrato supera 50000 € (no significa que este umbral permita adjudicación directa como un contrato menor y la lógica del artículo 1 LCSP aconseja una mínima concurrencia, aunque quizá en cuantías pequeñas —hasta 6000 €— pueda parecer lógico admitir la adjudicación directa). En este pliego se incluirán las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 104 LCSP.

Estos pliegos serán parte integrante del contrato. Si el contrato es de umbral armonizado deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 102, 103 y 104. Obviamente, por debajo del umbral deben existir prescripciones técnicas que deberán no ser discriminatorias.

(24) Sobre esta cuestión del ámbito de aplicación, me remito a mi estudio «El ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del sector público de 30 de octubre de 2007: luces y sombras, RAP, 176, 2008.

(25) Tanto consorcios como Agencias son entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública. En el caso de las Agencias el artículo 2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, nos recuerda que éstas cuentan con patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. De este criterio participa D. BLANQUER, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 35-36.

(26) Vid. D. BLANQUER, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, ob. cit., pp. 34-35.



—artículo 175 LCSP— que los mismos aprobarán manuales de instrucción que den plasmación en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (nada dice las prohibiciones de contratar aunque de la coherencia sistemática de la Ley así se desprende). Se deberán regular los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios referidos asegurando que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Aunque este precepto no lo previene explícitamente, la lógica obliga a entender que serán también de aplicación las previsiones relativa a capacidad y solvencia, prohibiciones de contrato, objeto y precio del contrato. En todo caso, estos manuales deberán atender a conseguir los objetivos recogidos en el artículo 1 LCSP. Estas instrucciones deberán ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. Ciertamente parece avance frente a la situación actual pues se reconoce ya que por debajo del umbral juegas los referidos principios pero la puesta en funcionamiento puede contribuir a potenciar el efecto contrario.

El contenido mínimo de estos Manuales de Instrucción —cuestión sobre la que guarda silencio la LCSP— deberá indicar la entidad de que provienen (y su consideración de no Administración Pública) y el alcance material de las mismas que será exclusivamente para contratos NO armonizados. En todo caso, por imperativo legal, NO podrán incluir contratos de gestión de servicios públicos ni de colaboración pública y privada en tanto son contratos que, por imperativo legal, sólo pueden realizar las Administraciones Públicas.

El texto, legal no prevé expresamente la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, tal y como previene la Directiva 2004/18, lo que a comportar evidentes economías de escala. Sí regula las centrales de compras (artículo 187 LCSP ) pero no parece que se fomente esta opción organizativa que, desde la perspectiva de eficacia y eficiencia parece llamada a desempeñar un papel protagonista (y más si se apuesta por la implantación de las TICs en contratación pública).

## **2. La tipología de contratos: hacia una mejor depuración conceptual y un nuevo contrato administrativo típico**

La LCSP pretende diseñar con nitidez los perfiles de los distintos tipos de contratos públicos, diferenciando de lo que es el régimen jurídico —público o privado— de los mismos, optando por la tipología comunitaria evitando innecesarias confusiones. Así, se habla correctamente de un contrato de obras

—atendiendo al resultado—, un contrato de suministro y un contrato de servicios. El artículo 1 LCSP concreta el ámbito objetivo de aplicación y los principios de aplicación (27). Dice así:

«Objeto y finalidad.

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la *realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios* mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar» (cursiva nuestra).

Es decir, se limita a ciertas prestaciones que, además, deben tener carácter oneroso tal y como previene al artículo 2 de la LCSP. Estos contratos tienen una identificación objetiva mediante la aplicación del «Vocabulario Común de los Contratos Públicos», denominado CPV (Common Procurement Vocabulary), que designa la nomenclatura de referencia aplicable a los contratos públicos adoptada por el Reglamento (CE) n.º 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por el Reglamento (CE) n.º 2151/2003 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003 (Con fecha de 15 de marzo de 2008 el DOUE ha publicado el Reglamento (CE) n.º 213/2008, de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, que modifica el *Reglamento de 2002*). Contratos públicos que se someterán a las reglas de la LCSP en tanto en cuanto el contratante tenga la condición de poder adjudicador (28). De la redacción se deduce que hoy se habla de contratos públicos típicos, pues podrán o no ser administrativos, donde cobra realce el contrato de servicios (no sólo por la desaparición del contrato de consultoría) ya que éste será el tipo cuando no exista obra o servicio, al margen de que la prestación sea interiorizada por la propia Administración (artículo 10 LCSP).

---

(27) Vid. Sobre ellos ahora los trabajos de MORENO MOLINA, José Antonio, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, ob. cit.; ESCUIN PALOP, Catalina, «Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, num. 46, 2005 y GIMENO FELIÚ, José María, «La fuentes normativas en materia de contratación local», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 14, 2007, pp. 24 a 56.

(28) GIMENO FELIÚ, José María, «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras», próxima publicación RAP 176, 2008.

Una novedad importante es la regulación del contrato de colaboración público-privada. Se trata de una nueva modalidad regulada en los artículos 11, 118, 289 y 290 LCSP, sin amparo en la Directiva 2004/18 de 31 de marzo, de contratos públicos (29). Se trata de un contrato típico que tiene carácter subsidiario. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general.

Los contornos pocos nítidos de esta modalidad contractual obligan a distinguirlo de los contratos de concesión de obras pública y de los contratos de gestión de servicio público. Por otro lado, con la actual regulación del contrato de concesión de obra pública bien pudiera pensarse en lo innecesario de esta nueva modalidad contractual (30).

En todo caso, deben respetarse los principios de concurrencia e igualdad de trato en su puesta práctica, por lo que sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118 LCSP, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfac-

---

(29) Finalmente, un tema directamente ligado con esta modalidad contractual es la participación pública-privada. Para analizar esta cuestión la Comisión acaba de publicar un libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones —COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004— que inscribe entre las prioridades establecidas por la Comisión en su Estrategia para el mercado interior 2003-2006, y constituye una contribución a las acciones previstas en el marco de la iniciativa para el Crecimiento en Europa. Los partenariados público-privado (CPP) son formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo de las empresas, que procuran asegurar la realización de proyectos de infraestructuras o el suministro de servicios de utilidad pública. Esta forma de partenariado se ha desarrollado en numerosas materias relevantes de la esfera pública, tales como el transporte, la salud pública, la educación, la seguridad pública, la gestión de los residuos o la distribución del agua. El objetivo de este Libro es lanzar un amplio debate que permita determinar si una intervención comunitaria es necesaria para asegurar un mejor acceso de los operadores económicos de los Estados miembros a las diferentes formas de partenariado público-privado, en unas condiciones de claridad jurídica y de concurrencia efectiva. En relación a esta Comunicación puede consultarse a J.A. MORENO MOLINA, «Las concesiones de obra pública en el derecho comunitario europeo», Revista Contratación Administrativa Práctica, La Ley núm. 39, 2005, pp. 22-25.

(30) JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, «El contrato de colaboración público-privado», RAP núm. 170, 2006.

ción de las finalidades públicas (31). Es decir, no es una fórmula alternativa sino subsidiaria y parece más bien una alternativa desde la perspectiva de la financiación. Obviamente, conforme a las normas SEC 95, para que al inversión no compute como deficit deben transferirse el riesgo de construcción y uno de los siguientes: de disponibilidad o de demanda.

Esta modalidad de contrato es excepcional y sólo podrá cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118 LCSP, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. Es decir, no es una fórmula alternativa sino subsidiaria. Esto significa, además, que debe ser un contrato distinto en su régimen de los otros contratos típicos descritos en la Ley en el que, por su propia naturaleza al financiación recae siempre sobre el contratista. Se trata, además, de un contrato flexible en su configuración admitiendo los precios provisionales y pago aplazado (art. 75.5 y 7 LCSP) donde se altera la regla del riesgo y ventura previsto en el artículo 199 LCSP.

El procedimiento, por este carácter complejo es rígido para evitar un uso incorrecto o indebido. Así, el artículo 11.2 exige especial motivación en calve negativa: no viabilidad de otros tipos de contratos. En la evaluación previa (art. 118.2 LCSP) se debe poner de manifiesto que a la vista de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios necesarios o de establecer los mecanismos jurídicos o financieros para llevar a cabo el contrato. Pero además debe efectuar un análisis comparativo con el resto de formas alternativas que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo o financiero que recomienden esta fórmula de contratación. Esto significa que es esencial o capital en este contrato este documento de evaluación previa.

Como indica el artículo 119 LCSP el órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificará en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato.

---

(31) Critican igualmente esta previsión por entenderla innecesaria e inadecuada LÓPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. cit., pp. 123-127.

Se exige en todo caso como regla general como procedimiento de adjudicación el dialogo competitivo como procedimiento de adjudicación, lo que con carácter general ni es adecuado ni conveniente. Es posible la utilización del procedimiento negociado en el caso del artículo 154.a) LCSP. En todo caso, deberá constuirse la mesa del dialogo competitivo al que se refiere el artículo 296.2 LCSP), a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, 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.

En todo caso el procedimiento de adjudicación es el derivado de los contratos armonizados independientemente de su cuantía (art. 13.1 LCSP)

El clausulado debe tener el mínimo exigido por el artículo 26 más el específico referido por el artículo 120 LCSP (debe identificarse la prestación principal, el sistema de reparto de riesgos y las prerrogativas de modificación):

a) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 289.

b) Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

c) Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la administración.

d) Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la administración.

e) Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato.

f) Fórmulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a ésta como consecuencia de penalidades o sanciones pueden ser objeto de compensación.

g) Fórmulas de control por la administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación.

h) Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.

i) Condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.

j) Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.

k) Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.

l) Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.

m) Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

El licitador que resulte seleccionado para este contrato puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

El contrato, al ser celebrado por una Administración pública tendrá carácter administrativo (art. 19.1 LCSP) (32). La duración de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado no podrá exceder de 20 años. No obstante, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 244 sobre la duración de éstos. En todo caso, en contratos patrimo-

---

(32) De la dicción literal parece deducirse que estos contratos no podrán ser realizados por quien no tenga la consideración de Administración Pública a los efectos de esta Ley (de hecho el artículo 120 habla de las prerrogativas del contrato), aunque la exposición de motivos sí recoge esta posibilidad.

niales de CPP bien pudiera pensarse en un plazo superior (como el de 99 años en la fórmula del contrato de derecho de superficie) (33).

### **3. Negocios jurídicos excluidos de la aplicación de la LCSP: encargos y convenios**

Existen, no obstante, una serie de materias excluidas de las reglas de contratación (algunas con amparo en la Directiva 2004/18) recogidas en el artículo 4 LCSP que encuentran su justificación o en la ausencia de onerosidad o la especialidad de la relación contractual o no ser supuestos regulados por la Directiva 2004/18. Así, una primera advertencia es que se excluyen de la aplicación de la LCSP los contratos patrimoniales, remitiendo su regulación a sus normas específicas adquiriendo carácter supletorio para lo no previsto esta LCSP. Esto supone un claro cambio —a mi juicio positivo pues la naturaleza de los contratos lo aconsejan—. Ello ha de obligar al legislador autonómico a revisar su legislación patrimonial pues el sistema de prohibiciones de la LCSP no se les puede aplicar ahora a estos contratos patrimoniales ni aun cuando pudieran haber sido calificado hasta esta Ley contratos administrativos especiales.

Quedan igualmente excluidos por su específica naturaleza las relaciones de empleo público y los acuerdos internacionales igualmente excluidos de la aplicación de la LCSP en razón de su propia naturaleza y de la existencia de normativa específica, los contratos que tengan por objeto servicios de arbitraje y de conciliación y negocios relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por las entidades sometidas a la Directiva, así como los servicios prestados por los bancos centrales [la excepción prevista habrá que entenderla exclusivamente para las modalidades de contratos de inversión que recoge el artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores (34)]. Se excluyen

---

(33) Sobre esta cuestión —además del estudio de A. PEÑA recogido en este monográfico— pueden consultarse los trabajos de GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. «El contrato de colaboración público-privado», *Revista Administración Pública*, núm. 170, 2006; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española Derecho Administrativo*, núm. 132 de 2006; ARIMAY LAMOGUÍA, Esteban, La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales, Cuadernos de Derecho Local 11, 2006, y L. MÍGUEZ MACHO, «Las formas de colaboración público-privada en el derecho español», RAP, núm. 175, 2008, pp. 157-215.

(34) La excepción prevista habrá que entenderla exclusivamente para las modalidades de contratos de inversión que recoge el artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores. Vid. M. CARBAJALES, «Comentario al artículo 3 k) de la LCAP», en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, Tomo I, pp. 215-217.

también del ámbito de aplicación LCSP (art. 14) todos aquellos contratos públicos —sea, pues, cual sea su objeto— que bien a) sean declarados secretos; b) precise de especiales medidas de seguridad o c) cuando así lo demande la protección de los intereses esenciales de las Administraciones Públicas.

A) Un aspecto importante de la nueva regulación de los «negocios» excluidos son los encargos realizados a un ente instrumental que tengan consideración de medios propios —que, como bien destaca SOSA WAGNER, se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación (35)— y que se trata de una técnica válida en tanto respete la jurisprudencia del TJCE, quien analiza ya esta posibilidad en la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (TJCE 1998, 268) (BFI), admitiéndose en jurisprudencia posterior (Teckal, de 18 de noviembre de 1999, «Arge» de 7 de diciembre de 2000, Stadt Halle), de 11 de enero de 2005, Parking Brixen de 13 de octubre de 2005, Coname, de 21 de julio de 2005, Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, Asemfo, de 19 de abril de 2007, Augusta Spa, de 8 de abril de 2008, que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores: «el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49, tras su modificación)» (36). Obviamente esta figura orga-

---

(35) F. SOSA WAGNER, «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2003, p.1317.

(36) Vid. J.M. GIMENO FELLIÙ, «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», Informe Comunidades Autónomas 2005, 2006, pp. 838-858. En la bibliografía más reciente, por todos, me remito al trabajo de PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el derecho comunitario de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

La jurisprudencia del TJCE ha perfilado claramente los requisitos de carácter acumulativo para la validez de esta figura. El primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual. Este control debe traducirse en la práctica en absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría un auténtico contrato. Esto significa que la participación debe ser íntegramente pública por lo que en modo alguno puede entenderse que empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación. Una matización a este requisito es introducido por la STJCE de 11 de enero de 2005 (TJCE 2005, 1) (Stadt Halle) al afirmar que «En el supuesto



nizativa debe ser examinada y aplicada desde una perspectiva de marcado carácter restrictivo como advierte la STJCE de 11 de mayo de 2006 (TJCE 2006, 139) (Carbotermo), en la que, mediante cuestión prejudicial, se aclara lo siguiente:

«1) La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros es preponderante, a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador.

2) Para apreciar el cumplimiento del requisito de inaplicabilidad de la Directiva 93/36 conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, no procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

3) Para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.»

En todo caso, la consideración de medio propio debe recogerse de manera expresa en las normas reguladoras de estos entes instrumentales y el capital debe ser íntegramente público (artículo 24.1 LCSP). Además, no pueden concurrir a las licitaciones (26.6 LCSP).

---

de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva». Es decir, la participación privada en un ente público rompe el criterio exigido en las Sentencias TECKAL y ARGE y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación.

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de in house providing es que la entidad proveedora debe realizar —necesariamente— la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. O sea, se debe realizar por ésta la actividad en provecho de quien le realiza el encargo o encomienda.

Como técnica organizativa, debe recordarse que en todo caso, y admitida la posibilidad de que una empresa pueda realizar encargos directos por parte de la Administración matriz, sin que estos se sometan, por tanto, a las reglas de contratación pública (que, entiendo deberían sustanciarse mediante protocolos y no mediante convenios, pues la naturaleza de estos parece exigir libertad de decisión de ambas partes, lo que no sucede, como hemos visto, en los encargos a medios propios) debe llamarse la atención que el ente encargado deberá aplicar las normas de contratación pública al concurrir en él las notas que permiten calificarlo como poder adjudicador —art. 4.1.n) LCSP—, aunque se «desplaza» el régimen jurídico y permite la aplicación del artículo 175 LCSP. Por ello, el sistema parece ciertamente mejorable (37). Es decir, la utilización de los servicios *in house providing* no pueden servir como mecanismo de escape de las reglas de contratación pública pues se concibe como una especialidad organizativa pensada exclusivamente para obtener una mayor eficacia.

En relación con esta cuestión conviene reseñar como con fecha de 19 de abril de 2007, en cuestión prejudicial (confirmada ya por STS de 30 de enero de 2008), ha visto la luz una interesante Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratación pública al analizar las relaciones de la sociedad estatal TRAGSA con el Estado y Comunidades Autónomas (38). Sentencia que presenta luces y sombras y que parece un paso en falso fundamentalmente en cuanto a la interpretación del primero de los requisitos *Teckal* (el de que el Ente ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios) por cuanto la conclusión a la que llega el TJCE —no muy motivada, por cierto— implica aceptar una interpretación mucho más amplia que la que hasta ahora predicaba de esos requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE, como bien explica M.A. BERNAL BLAYZ (39). En resumen, la STJCE de 19 de abril afirma

---

(37) Vid. AMOEDO SOUTO, «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas», RAP, 170, 2007, pp. 293-294.

(38) Dicha Sentencia resuelve bajo que condiciones resulta admisible el encargo de prestaciones a favor de entidades instrumentales sin necesidad de concurrencia (el litigio resuelto por la Sentencia trae causa de una denuncia de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO), al entender que los encargos hechos por diversas Administraciones Públicas a la Sociedad pública Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), vulneran la competencia en el mercado de obras y servicios forestales como antecedentes del caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000 (JUR 2001172968) y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003 (RJ 20041466).

(39) M.A. BERNAL BLAY, «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario de urgencia a la STJCE de 19 de abril de 2007 (as. c-295105, *Asemfo vs. Tragsa*), REDA num. 137, 2008, pp. 115-138. Sobre el régimen jurídico de TRAGSA, vid. específicamente la monografía de AMOEDO SOUTO: *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

en que casos puede considerarse que una Comunidad Autónoma puede realizar encargos a TRAGSA al existir un control análogo al que ejerce sobre su propia estructura administrativa (40).

Pero de especial interés para el tema que nos ocupa es la extensa —y compleja— Disposición Adicional Trigésima, que insiste en la idea de que TRAGSA se pueda considerar medio propio de Comunidades Autónomas y de poderes adjudicadores dependientes. Dice así:

«2. TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla».

Esta opción legislativa que extiende el alcance de medio propio parece no ajustarse a la citada jurisprudencia del TJCE sobre *in house providing* al permitir encargos sin participación pública en el accionariado y permitir los encargos descendentes entre los distintos poderes adjudicadores, lo que se nos antoja como un posible motivo de discrepancia por las autoridades comunitarias. Pero lo que resulta evidente, de la propia dicción de la LCSP, es que los Ayuntamientos No pueden considerar —la Ley no lo prevé— que TRAGSA (ni equivalentes autonómicos) tengan la consideración de medio propio, dado que no se cumplen los requisitos que habilitarían el uso de esta técnica auto-organizativa. Por supuesto, en modo alguno encajarían en la modalidad de *entes dependientes* que refiere la Ley en esta DA 30, pues es incuestionable la autonomía de las Entidades locales como argumento de raíz para cerrar tal vía interpretativa.

---

(40) Vid. Julio GONZÁLEZ GARCÍA, «Medios propios de la Administración, colaboración inter-administrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», RAP 173, 2007, pp. 217-237.

En resumen, TRAGSA NO tiene la consideración de medio propio de las entidades locales por lo que no tendría amparo normativo la posibilidad de realización de encargos (ni aun con base en un Convenio por lo que a continuación se expondrá). Siendo la prestación onerosa y típica (artículo 5 LCSP) resulta de obligada aplicación la LCSP en lo relativos a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario *sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional* (41).

B) También son negocios excluidos los convenios en sus distintas modalidades. Modalidad que deberá ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación este comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva» (42). Y el umbral, insistimos, es irrelevante (43). Así

---

(41) La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21108, de 28 de julio de 2008. «Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra». ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una Entidad Local al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 4 n) y 24 LCSP ni la DA 30 LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las Administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295105, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107198, apartado 50), a saber que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerce sobre la persona, que es distinta de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medios propio de TRAGSA respecto de las aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación.

Asimismo advierte que al figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una Administración pública sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

(42) Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, pp. 393-394.

(43) La STJCE de 18 de julio de 2007 (Comisión/Italia) considera que existe contrato público de servicios cuando se trata de prestaciones relativas a la utilización de la fracción residual de los residuos urbanos, después de su recogida selectiva, generada en los municipios de la región de Sicilia y considera que los convenios celebrados sin seguir los procedimientos previstos en la Directiva supone clara contravención del derecho de contratos públicos.

se deriva de la STJCE de 13 de enero de 2005 (parágrafo 10) que condena al Reino de España por esta práctica y prevé la no aplicación de esta Ley a los convenios, que en ningún caso podrán versar sobre prestaciones onerosas reguladas por esta norma. Doctrina corroborada por la STJCE de 18 de enero de 2007 (parágrafo 16) (Auroux /Commune de Roanne), en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio. El TJCE es claro al declarar que este es un caso de contrato de obra que debe ser objeto de licitación. Y en esta línea debe recordarse la STJCE de 18 de diciembre de 2007 (en el asunto C-220/06 Correos España) por la que se declara ilegal el Convenio suscrito por El Ministerio de Educación y Ciencia con la Entidad Correos por acordar cuestiones que son objeto de aplicación de la Directiva servicios (44). Y es que, cuando hay onerosidad en una actividad incluida en el ámbito de la Directiva debe aplicarse las reglas de publicidad y concurrencia:

«2) La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 2001/78 / CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, debe interpretarse en el sentido de *que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique*

- alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y
- constituyan, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 , en su versión modificada por la Directiva 2001/78, contratos celebrados por escrito y a título oneroso, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.»

Por ello, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 18 de abril de 2008 ha procedido a la anulación de este Convenio declarando contraria a derecho esta práctica. Esto supone que con la LCSP quedarán sujetos a su normativa todos los contratos cuyo objeto sea alguno de los contemplados en las correspondientes Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando se celebren a título oneroso y por escrito, entre una entidad adjudicadora (en el sentido que las citadas Directivas atribuyen al término) y un contratista o proveedor que sea una persona

---

(44) Vid. J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones in house. A propósito de la sentencia Correos de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia», *Revista Española Derecho Europeo*, núm. 26, 2008, pp. 193-209.

jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones. Y ello, frente al régimen LCAP, al margen del concreto importe (45).

Una novedad introducida por la LCSP es que los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva. Y tienen la consideración de OPI estatales los siguientes: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Instituto Nacional de Investigación Tecnológica Agraria y Alimentaria (INIA), Instituto Español de Oceanografía, Instituto Geológico Minero de España (IGME), Instituto de Salud Carlos III, Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA), Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX) (46).

También quedan excluidos del ámbito objetivo de aplicación de esta Directiva los contratos derivados de un acuerdo internacional, celebrados de conformidad con el Tratado de la Unión Europea, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra o relativos a servicios destinados a la realización o explotación conjunta de un proyecto, así como los convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas (47).

---

(45) La STJCE de 18 de julio de 2007 (Comisión/Italia) considera que existe contrato público de servicios cuando se trata de prestaciones relativas a la utilización de la fracción residual de los residuos urbanos, después de su recogida selectiva, generada en los municipios de la región de Sicilia y considera que los convenios celebrados sin seguir los procedimientos previstos en la Directiva supone clara contravención del derecho de contratos públicos.

(46) Obviamente no encajan ni pueden encajar en esta tipificación las Universidades Públicas. Al respecto resulta de interés el Informe 4/2008, de 15 de mayo, de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre la posibilidad de que los contratos de servicios y suministros que celebre la Universidad de Zaragoza y que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica, pueden quedar excluidos del sometimiento a la LCSP al amparo de la previsión del artículo 4.1.q) de la misma.

(47) Por la propia naturaleza del contrato parece conveniente realizar una interpretación amplia de esta excepción como sugieren GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito...», ob. cit., pp. 116 y S. CASAJÚS «El régimen de contratación en el extranjero», en el libro col. *Lecciones de Derecho Operativo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, p. 182.

#### 4. De los procedimientos de licitación. La incorporación de las TICs

La parte dedicada a los procedimientos de adjudicación contiene uno de los aspectos más novedosos del proyecto de Ley al diferenciar entre contratación de publicidad comunitaria (la Ley la denomina *armonizada*) y la inferior a ésta y a regular la contratación pública y los medios electrónicos (48). El objetivo básico de esta regulación pasa por, respetando los principios básicos, combinar el rigor en el control de posibles abusos e irregularidades con vías formales flexibles, más adaptadas a la envergadura real de los contratos, que reduzcan la carga burocrática en los casos en que no sea necesaria. En todo caso, lo más novedoso es la elevación de cifras para el procedimiento del contrato menor y del negociado. El artículo 122.3 LCSP establece que un contrato menor puede adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar. Se puede considerar contrato menor de obras el de importe inferior a 50.000 € (IVA excluido); en cualquier otro contrato cuando su importe sea inferior a 18.000 € (IVA excluido) —La Disposición adicional duodécima habilita contratar como contrato menor sea cual sea su importe económico siempre que no llegue al contrato armonizado, la suscripción a revistas y otras publicaciones así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas—. En el procedimiento negociado sin publicidad, las cifras se elevan a 60.000 € para suministros y servicios y 200.000 € para obras (art. 126.1 LCSP), que se incrementan si existe publicidad hasta los 100.000 € y 1 millón de € respectivamente (art. 162. 1 LCSP). Obviamente, como recuerda artículo 162.3 LCSP, durante la negociación —no hay proposiciones estáticas—, 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». Pues bien, parece acertado la propuesta que eleva la cuantía que permite acudir a un procedimiento negociado (con y sin publicidad), ya que las propias circunstancias del mercado y del procedimiento así lo aconsejan, siempre y cuando se utilice adecuadamente este procedimiento y no se pervierta para convertirlo en un concurso simplificado (49). Por contra, la elevación de las cuantías del contrato menor no resulta una medida acertada y debería desaparecer este contrato y sustituirse por uno simplificado (siguiendo, por ejemplo, el modelo en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos

---

(48) Respecto a la tramitación de expedientes una reflexión: se debería haber optado por simplificar los trámites posibilitando una más rápida adjudicación y, por ende, efectiva satisfacción de la prestación que se necesita.

(49) Por ello creo que resultaría conveniente prever además un nuevo procedimiento abreviado, caracterizado por ser un procedimiento abierto a la participación de cualquier interesado, con mínima carga burocrática y plazos breves, en el que la publicidad de la licitación a través de web.

públicos de Navarra). Igualmente el diseño del procedimiento negociado vuelve a introducir excepciones no contempladas en la Directiva y por ello contrarias a la misma, como ha recordado en la STJCE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España (50).

Quizá falta también determinación para establecer el carácter tipo del procedimiento restringido (modelo que acaba de ser adoptado como ordinario por el Ministerio de Fomento) ya que los criterios de capacidad y solvencia sirven como filtro previo en los procedimientos abiertos, pero pueden jugar función selectiva en los procedimientos restringidos. A tal efecto, debe destacarse como importante novedad el que, en este tipo de procedimiento, al valorar la capacidad, se pueda tener en cuenta el esfuerzo del contratista por contribuir a la estabilidad del personal laboral o, incluso, el grado de incorporación de discapacitados a su plantilla. Dato relevante a la hora de decidir el procedimiento de adjudicación y más concretamente, la conveniencia de utilizar un procedimiento restringido, pues ha de permitir utilizar la contratación pública como potestad o instrumento al servicio del interés general y no como un fin en sí mismo.

Una novedad procedimental —artículos 163 a 167 LCSP— es el denominado diálogo competitivo, recogido en la Directiva 18/2004 en su artículo 29, definiéndolo como «un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta» (51). Se introduce, pues, un nuevo procedimiento de contratación pública aunque caracterizado por su carácter excepcional. De la regulación comunitaria se deduce que los poderes adjudicadores podrán utilizar este nuevo procedimiento cuando la prestación demandada se considere que, por su particular complejidad (en particular, se podrían considerar contratos especialmente complejos los contratos de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada), no pueden adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido, por resultar imposible la definición de las soluciones a implantar, se podrán licitar mediante el procedimiento de diálogo competitivo. Mediante dicho procedimiento, al que se incentiva mediante un premio a quienes participan, se inicia un diálogo con las empresas y los profesionales que hayan

---

(50) La previsión del artículo y del artículo 156 c) y del 157.a) LCSP, por ejemplo, incumple la Directiva 2004/18 en este aspecto.

(51) Se opta, pues, por mantener el procedimiento negociado configurando al diálogo competitivo como un nuevo procedimiento excepcional.



solicitado su participación y hayan sido seleccionados por el ente contratante, diálogo mediante el cual los licitadores ofrecen las soluciones más idóneas para la satisfacción de las necesidades del poder adjudicador y sobre éstas soluciones se invitará a los licitadores a presentar una oferta.

La tramitación se iniciará mediante la elaboración de un documento descriptivo, en el que se definirán lo más detalladamente posible las necesidades que desea satisfacer el sujeto contratante y los requisitos que definen el objeto del contrato. En dicho documento deberán establecerse los requisitos mínimos de solvencia para poder ser invitado al diálogo y los criterios de adjudicación, pudiendo preverse premios de naturaleza económica por participar en el procedimiento.

En cuanto a la incorporación de las TICs a la contratación pública en la LCSP, amén de existir una dispersa sistemática —en el artículo 132 se regula la subasta electrónica, en el 183 a 186 el sistema de adquisición dinámica y en el 309 la plataforma de contratación pública—, debería advertirse más nítidamente la diferencia entre medios electrónicos y procedimientos electrónicos (52). La previsión de la Ley de dos nuevas modalidades: el sistema de adquisición dinámica y la adquisición electrónica debería recogerse en el Capítulo dedicado a procedimientos. En este punto se considera un acierto la previsión —no tanto la regulación, donde se podría haber ido un poco más allá de lo dispuesto en la Directiva y coordinar con la Ley 11/2007 de 2 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos— de estas modalidades ya que la contratación pública a través de Internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato.

Obviamente, y como exige la Directiva, las fases de este procedimiento electrónico deben garantizar que el desarrollo del mismo garantizará en todo caso el principio de igualdad de trato y de transparencia. A tal fin, a al hora de preparar o diseñar el mismo deben tenerse en cuenta los siguientes hitos: a) la elección del procedimiento y su justificación, b) la elaboración del anuncio del contrato y del pliego de condiciones de ejecución del mismo, c) el comienzo del procedimiento de subasta y las distintas fases de las mismas en las que se debe prever la posibilidad de que los contratistas modifiquen y mejoren sus ofertas (puede optarse por tiempo o «vueltas» pareciendo esta

---

[52] Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo *La nueva contratación...*, ob. cit., pp. 228-250, y muy especialmente al estudio de J. DOMÍNGUEZ-MACAYA que se contiene en esta monografía.

última la mejor opción), y d) cierre de presentación de ofertas y finalización del procedimiento con propuesta de adjudicación.

Las ventajas del correcto diseño de estos procedimientos son evidente: se agiliza el procedimiento de adjudicación de los contratos, ayudando, por tanto, en el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos; supone una minimización de errores en la mecanización de las ofertas recibidas al hacerse el vuelco de las mismas de forma automatizada; e implica una disminución de las cargas del personal público. Finalmente, puede presumirse que generará un clima de confianza en los contratista en cuanto han de considerar al procedimiento como objetivo y neutral lo que posibilitará un efecto evidente: aumento de la concurrencia. Ya existen experiencias —como por ejemplo, además de las del Estado, las existentes en Cataluña, Canarias, o en la que trabaja el Gobierno del País Vasco, entre otras (53)— que poco a poco han de permitir su progresiva implantación en el día a día de las distintas Administraciones públicas. En todo caso, como advierte J. F. MESTRE DELGADO, como paso previo a la implantación de las nuevas tecnologías en la contratación pública debe procederse a la identificación de los bienes, derechos e intereses dignos de protección jurídica, para determinar si éstos quedan o no protegidos, y en qué medida, con el empleo de dichas nuevas tecnologías (54). Lo que no debe entenderse como una objeción reticencia hacia estos nuevos procedimientos ya que compartimos la apreciación de DOMÍNGUEZ-MACAYA de que la adopción de medidas en contratación pública electrónica es una tarea inaplazable por razones de tipo legal, de tipo económico y de tipo estratégico (55). Labor que exige prudencia y ritmos acompasados, donde la colaboración entre los distintos poderes adjudicadores debe ser clave de cara a encontrar soluciones o propuestas homogéneas que permitan alcanzar satisfactoriamente el fin perseguido y que eviten cierta confusión en los contratistas, que podría acarrear una no deseada «fragmentación del mercado». En consecuencia, parece lógico admitir cualquier tipo de formato que pueda ser abierto por la aplicación informática en cuestión (debe entenderse que, al menos, las aplicaciones informáticas que impliquen el intercambio de documentos admitirán los siguientes formatos: .doc, .xls, .pdf, .jpg, .rff, .ppt, .txt, .csv, .wps, .zip).

---

(53) Sobre esta concreta experiencia del sistema de contratación electrónica del Gobierno vasco puede consultarse, por su interés, el documento de trabajo «Sistema econtratación» en la siguiente dirección electrónica: [www.contratacion.info](http://www.contratacion.info)

(54) MESTRE DELGADO, J.F. «La subasta electrónica: Consideraciones sobre el empleo de medios telemáticos en la contratación pública», *Revista General de Derecho Administrativo* n° 2/2003, p. 4.

(55) J. DOMÍNGUEZ-MACAYA, «La adopción por los poderes adjudicatarios de la contratación Pública: una tarea inaplazable», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 41, 2005, pp. 37-41. *Ibidem* «Presente y futuro de la contratación electrónica» en libro col. *Contratación del Sector Público Local*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 2085 a 2368.

En este sentido, el art. 309 LCSP prevé la creación de una Plataforma de contratación del Estado (dependiente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) para dar publicidad a través de internet a las convocatorias de licitaciones y a sus resultados. La plataforma de contratación del estado se interconectará con los servicios de información similares que articulen las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en la forma que se determine en los convenios que se concluyen al efecto. Destaca igualmente es que se recoja la previsión del perfil del comprador, lo que puede traducirse en mayor concurrencia.

## 5. De la ejecución de los contratos

En la ejecución, suspensión y resolución del contrato el LCSP adolece de un intento de corregir los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas (56). Además de algunas variaciones y garantías adicionales sobre el texto presentado parece oportuno que el LCSP recogiera la posibilidad de que los interesados puedan recurrir los motivos de un modificado, lo que habría de suponer la introducción de una eficaz garantía práctica que puede coadyuvar a erradicar prácticas a todas luces incorrectas y que descargan la responsabilidad en las concretas personas que lo acometen. Se debería habilitar penalidades contractuales pactadas en pliego (extendibles al margen de la naturaleza privada o pública del ente contratante). Es en este Capítulo general de ejecución donde se debe incluir el precepto de fuerza mayor. El control, por operatividad práctica, no debe residenciarse, por motivos de operatividad, en el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente sino en las Juntas Consultivas de contratación administrativa habida cuenta el perfil y vocación de éstas. Sin embargo, algunas de sus previsiones no son conformes a derecho comunitario. Así, se quiebra la Directiva 2004/18 cuando LCSP permite en caso de resolución anticipada adjudicar sin licitación. De la lectura de la Directiva parece desprenderse que estos casos requieren nueva licitación por cambio del objeto contractual (amén de mejoras en las condiciones). Asimismo, las previsiones de modificados que contemplan los artículos 202.1, 217 o 233 del LCSP no parecen guardar coherencia con la Directiva 2004/18 en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di futta*) en al que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato.

---

(56) Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. cit., p. 159.

## 6. Del valor de los contratos. Del IVA

A tenor del art. 76 LCSP, y por influencia del art. 9 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total pagadero por la prestación, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido. Este valor estimado del contrato incluirá, conforme al art. 131 RCAP, los costes de ejecución material (teniendo en cuenta los precios habituales de mercado), los gastos generales de la empresa, el beneficio industrial, así como la cuantía de las primas o pagos a candidatos o licitadores, cuando se hayan previsto su abono. La novedad introducida por este precepto con respecto a lo establecido en el art. 131 RCAP es la exclusión, *a todos los efectos*, del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido como elemento integrante del valor estimado del contrato/presupuesto base de licitación. Con dicha prescripción queda superada la regla contenida en los arts. 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y 25 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por R.D. 2028/1985, de 30 de octubre, que consideraban el importe del IVA como un elemento de la oferta del contratista, produciéndose una discriminación entre empresas sujetas al tipo general y empresas que, por uno u otro motivo, están sujetas a tipos reducidos o no sujetas (Cfr. art. 20 LIVA) (57).

Cuestión distinta es el componente presupuestario de la licitación. Si del contrato a celebrar se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración, resulta necesaria la existencia de crédito adecuado y suficiente. El artículo 93.3 LCSP dispone para la Administración de incorporar al expediente el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, que queda afecto al pago del precio del contrato. Esta reserva de crédito lo es a los solos efectos presupuestarios, siendo el importe de dicha reserva de crédito la suma del valor estimado del contrato o presupuesto base de licitación y el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que le corresponda.

---

(57) Vid Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 2/92, de 27 de febrero de 1992. «Repercusión del aumento del Impuesto sobre el Valor Añadido del 12 al 13 por 100, establecido en el artículo 81 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, respecto de la contratación administrativa»; Informe 1/2005, de 5 de mayo, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña sobre «Tipificación de los contratos de gestión de las viviendas con servicios para la gente mayor, gestión del servicio de acción socioeducativa en medio abierto y contratos para la promoción, dinamización y organización de las actividades culturales, artísticas y socioculturales en centros cívicos. Valoración de las ofertas cuando concurren empresas licitadoras exentas de IVA o con tipo reducido y Informe 2/2007, de 12 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos».

Distinto de todos los anteriores es el «precio del contrato», que no puede ser determinado hasta la adjudicación del contrato, y que incluirá, cuando se determine, como partida independiente, el importe del impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración.

## 7. Del recurso en contratación pública. La insuficiencia del modelo

Para concluir debe llamarse la atención sobre la necesidad, por imperativo del derecho comunitario, de implantar para todo contrato independientemente de su umbral y de la personalidad pública o privada de quien contrata, de un sistema de recursos rápido y eficaz, con tutela cautelar de todo tipo, que no puede descansar, como se prevé en la LCSP en el mismo órgano de contratación al vulnerar la finalidad de la Directiva comunitaria y la doctrina del TJCE en sentencia de 28 de octubre de 1999 (Alcatel) al señalar que la Directiva recursos del 89 «debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato» (58). El artículo 81 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente (59).

El recurso, a nuestro juicio, podría residenciarse en un órgano administrativo especializado (bien podrían ser las Juntas Consultivas de Contratación Pública, como sucede en Baleares o en Navarra (60) o en Tribuna-

---

(58) Y es que la Directiva Recursos impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como acaba de afirmar en la STJCE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Me remito a mi estudio «El recurso especial en la LCSP: ¿adecuación a su finalidad?», *Documentación Administrativa*, núm. 275, 2006.

(59) Debe destacarse que la LCSP no modifica —ni se plantea hacerlo— el actual recurso contencioso-administrativo atendiendo a las necesidades derivadas del derecho comunitario —que exige la interposición de un recurso eficaz, previo a la celebración del contrato, que dirima un órgano judicial o con garantías equivalentes, ni siquiera respecto de las medidas cautelares.

(60) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, «Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública», en J. C. ALLI ARANGUREN (Dir.), *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, pp. 733-796.

les específicos), que deberá resolver en un breve plazo y que imposibilitará hasta su resolución la efectiva formalización del contrato. Con una regulación así se conseguiría una efectiva y leal transposición a la Directiva 89/665/CEE (recientemente modificadas por Directiva 2007/66/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 ) (61). Por ello, en modo alguno puede aceptarse que el recurso se residence en el mismo órgano que dictó el acto (como pretende el LCSP —artículo 37 LCSP— al menos para la Administración General del Estado) (62). Opción que supone manifiesta contravención del derecho comunitario al no cumplirse la nota de eficacia exigible a un correcto sistema de garantías. Y es que en modo alguno puede considerarse que tal previsión cumpla con la premisa de eficacia pues esta debe ser analizada o contemplada desde la perspectiva de corrección ante eventuales infracciones normativas y no desde la visión de la Administración que «resuelve un obstáculo procedimental».

Por otro lado, la limitación del recurso a los contratos armonizados no parece una opción correcta al crear desigualdades desde el plano de las garantías en función del importe del contrato: De hecho la referida Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 aconseja la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato (63):

«En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una *protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario*. El derecho a esta protección constituye uno de los principios generales de Derecho derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. A falta de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario, incumbe a los Estados miembros instaurar las normas y los procedimientos necesarios para garantizar una protección jurisdiccional efectiva.

En aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos *las decisiones que perjudiquen a una persona que*

---

(61) Vid. GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 77-127.

(62) Vid. J. TORNOS MAS, «Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratación de las Administraciones Públicas», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59, 2006, pp. 45-51. También LÓPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006p. 158.

(63) Crítico con esta opción es también J. BERASATEGUI, «El control administrativo independiente de la contratación Pública», *Diario La Ley*, num. 6650, 13 de febrero de 2007, p. 4.

*esté o haya estado interesada en obtener un contrato*, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario.

Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión.

De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia).

Limitación que también se extiende a los entes que no tiene consideración de Administración Pública —se entiende que afectos de esta Ley, lo que excluye a Entes de Derecho Público— lo que reduce considerablemente su ámbito. Y la previsión de que estos puedan someterse a arbitraje —que no regula— en modo alguno implica cumplimiento de la Directiva «recursos», pues muchos contratos se acabarán fiscalizando en sede jurisdiccional ordinaria.

Creo que el sistema de medidas provisionales es incluso un retroceso frente al actual artículo 60 bis de la LCAP [ya considerado insuficiente por la doctrina (64)], por cuanto ya no son automáticas y no son recurribles, lo que quiebra la previsión del artículo 8.2 de la Directiva 89/665. Además, el breve plazo de dos días para medidas adicionales parece excesivamente breve. Asimismo, la ausencia de previsión de plazo de suspensión tras la resolución del recurso hasta que se sustancia el jurisdiccional no parece del todo correcto desde la perspectiva de tutela judicial.

Pues bien, entiendo que con esta regulación no se cumple ni con las Directivas recursos ni con la finalidad pretendida por las mismas, al no existir la nota de eficacia exigible a un correcto sistema de garantías pues ésta debe ser analizada o contemplada desde la perspectiva de corrección ante eventuales infracciones normativas y no desde la visión de la Administración que «resuelve un obstáculo procedimental» (65). Y es que difícilmente

---

(64) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Artículo 60 bis. Medidas provisionales», en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pp. 324-325. Igualmente crítica con este precepto se posiciona S. DE LA SIERRA, «Las medidas cautelares en la contratación pública», RAP, 164, 2004, pp. 229-230.

(65) No se ajusta tampoco a la reciente Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

puede considerarse que concurre la nota de independencia cuando resuelve el mismo órgano contratante —o quien ostenta influencia dominante o tutela— lo que puede pervertir la finalidad de este mecanismo de control que puede devenir en carga u obstáculo procedimental habida cuenta su carácter preclusivo (66).

---

(66) Por último, siguiendo el modelo de las instituciones comunitarias y del ordenamiento francés parece conveniente que el LCSP hubiera previsto la constitución de un Consejo Consultivo para la apertura de la Contratación pública, interdisciplinar y con representación autonómica, empresarial y académica, y que debe servir de foro u observatorio para analizar el mercado de los contratos públicos e informar y proponer iniciativas que garanticen los objetivos de una adecuada y correcta política de contratación pública.



# LA INSUFICIENTE INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

*SUMARIO: I. DERECHO ESPAÑOL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERSUS DERECHO COMUNITARIO. CRÓNICA DE UN REITERADO DESENCUENTRO.— II. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 1. El obligado cambio de enfoque desde el que analizar y aplicar la legislación de contratos. 2. La diferenciación entre las reformas introducidas en la LCSP por exigencia del Derecho comunitario o por decisión del legislador español. 3. La terminología, las definiciones y las regulaciones reproducidas de la Directiva 2004/18: oferta económicamente más ventajosa, oferta anormal o desproporcionada, definición de los contratos típicos, técnicas para la racionalización de la contratación, subastas electrónicas y diálogo competitivo. 4. La adecuada aunque limitada introducción de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación. 5. Los ámbitos más cuestionables por la falta de adecuación de la LCSP a las exigencias comunitarias: A) La tan compleja como artificiosa construcción subjetiva del artículo 3. B) El muy limitado recurso especial en materia de contratación. C) El riesgo de huida de los principios generales por la amplia posibilidad de utilización de procedimientos de contratación de carácter excepcional y por la masiva aprobación de instrucciones internas de contratación. D) La nueva categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada y su contradictoria virtualidad. Cuestionamiento desde la óptica del Derecho comunitario europeo.— III. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.— IV. LA OBLIGACIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO. LA ESPECIAL RELEVANCIA DE ESTA EXIGENCIA PARA APLICAR LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA BASADOS EN EL DERECHO EUROPEO.*

*RESUMEN:* El trabajo analiza cómo se ha procedido a la incorporación del Derecho comunitario europeo en la Ley de Contratos del Sector Público. Se estudia la decisiva influencia de la Directiva 2004/18 y de la jurisprudencia comunitaria en la nueva regulación española y, sobre todo, los ámbitos más cuestionables por la falta de adecuación de la LCSP a las exigencias europeas. En este sentido, se critica la construcción subjetiva del artículo 3, el limitado recurso especial en materia de contratación, el riesgo de huida de los principios generales y la nueva categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Se concluye resaltando la necesidad de que se respete la obligación de interpretación de la Ley de Contratos del Sector Público conforme al Derecho comunitario, en especial para aplicar los conceptos jurídicos indeterminados de la legislación española basados en el derecho europeo.

*Palabras clave:* contratos públicos; Derecho comunitario; principios generales; contratos sujetos a regulación armonizada.

*ABSTRACT:* The paper analyzes how it was carried to the incorporation of Public Procurement European Community law by Spanish Public Sector Procurement Law. Explores the crucial influence of the Directive 2004/18 and the European case law in the new Spanish regulations, and especially the most questionable for the inadequacy of the LCSP to EU requirements. In this sense, criticizing the subjective construction of article 3, limited special recourse on public procurement, the risk of escape of the general principles and the new category of contracts subject to the so-called harmonized regulation.

*It concludes by emphasizing the need to respect the obligation of interpreting the Spanish Public Sector Procurement Law under Community law, in particular to implement the indeterminate legal concepts of Spanish legislation based on European law.*

*Key words:* public procurement; European Law; general principles; contracts subject to the harmonized regulation.

## **I. DERECHO ESPAÑOL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERSUS DERECHO COMUNITARIO. CRÓNICA DE UN REITERADO DESENCUENTRO**

Desde la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986, la normativa reguladora de los contratos públicos en nuestro país es en buena parte transposición de las directivas comunitarias sobre contratos públicos. Si la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) tuvo como principal razón de ser la incorporación a nuestro derecho de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), responde como objetivo primario a la necesidad para el Estado español de incorporación de las previsiones de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Y también se puede decir lo mismo de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que incorpora las previsiones de la Directiva 2004/17/CE.

Sin embargo, la falta de cumplimiento adecuado del Derecho comunitario de la contratación pública ha sido una constante en nuestro país en los últimos años. Una muestra más de ello es que desde el 31 de enero de 2006, fecha en que vencía el plazo de trasposición de las Directivas 2004/18 y 2004/17, hasta la entrada en vigor de la LCSP y de la Ley de Contratos en los conocidos como sectores especiales en mayo de 2008 (1), el Estado español volvió a incumplir el Derecho comunitario de los contratos públicos. De hecho, en marzo de 2007 la Comisión europea decidió denunciar a nuestro país ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por no haber comunicado sus disposiciones nacionales de aplicación de las directivas comunitarias de contratación pública (2).

Pero llueve sobre mojado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había declarado ya anteriormente —durante la vigencia de la vieja Ley de Contratos del Estado de 1965— que la adaptación del Derecho español al Derecho comunitario constituía una obligación ineludible y urgente para el Estado español, que, mientras no incorporase a nuestro ordenamiento el contenido de las directivas comunitarias sobre contratación pública, estaba incumpliendo gravemente el Derecho comunitario. Así lo había señalado en su sentencia de 17-11-93 (asunto C-71/92, Comisión contra España), que condenó al Estado español por mantener en vigor toda una serie de disposiciones tanto de la Ley de Contratos del Estado de 1965 como de su Reglamento de 1975 que eran contrarias a la normativa comunitaria sobre contratos. En concreto, en el citado asunto la Comisión recurrió contra cerca de treinta disposiciones de la Ley y del Reglamento de Contratos, sobre la base de que creaban inseguridad jurídica y que, por tanto, no cumplían las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia para la correcta adaptación del Derecho interno a las directivas.

---

(1) Tanto la Ley 30/2008 como la 31/2008 entraron en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 31 de octubre de 2007.

(2) Recursos interpuestos el 30 de mayo de 2007 por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España (asuntos C-254/07 y C-255/07, publicados respectivamente en el DOUE C 170, de 21 de julio de 2007 y C 183, de 4 de agosto). La pretensión de la Comisión es que se declare que, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la Directivas 2004/17 y 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión, el Reino de España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud de dichas directivas.

Sin que sirva de consuelo, la Comisión también denunció por el mismo motivo a Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Portugal, Suecia y a Bélgica (asunto C-292/07).

Sobre el estado de trasposición de las Directivas comunitarias de contratos públicos 2004/17/CE y 2004/18/CE, véase TRYBUS, M. y MEDINA, T. (2007), «Unfinished Business: The State of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member Status on February 1, 2007», *Public Procurement Law Review*, nº 4, pp. 89-118.

Antes de la aprobación de la LCAP de 1995, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ya había condenado al Estado español en otras ocasiones por permitir la utilización del sistema de contratación directa en supuestos no permitidos por las directivas comunitarias. En concreto, en su Sentencia de 18 de marzo de 1992 el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de la Directiva 71/305/CEE, sobre los contratos públicos de obras, «al haber decidido el Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid adjudicar por contratación directa las obras que tenían por objeto la ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social», sin que concurriesen los motivos de urgencia alegados por la Universidad.

También en la Sentencia de 3 de mayo de 1994, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 77/62/CEE, «al exigir, en la legislación básica relativa a la Seguridad Social, que la Administración adjudique por procedimiento de contratación directa los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la Seguridad Social, y adjudicar por contratación directa la casi totalidad de dichos suministros, omitiendo la publicación del anuncio de contratación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

Pasados más de tres años desde la aprobación de la LCAP en 1995, nuestro Parlamento aprobó la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Esta norma tuvo como objetivo inmediato la incorporación al Derecho español de la Directiva del Consejo 93/38/CEE, conocida en la jerga comunitaria como Directiva de contratación primero en los «sectores excluidos» (excluidos porque hasta la aprobación de la citada norma en esos sectores no se aplicaban las reglas comunitarias sobre contratos públicos), y luego en los sectores «especiales» o «de interés público» y la Directiva 92/13/CEE, de «recursos» en esos sectores. Como hubiera parecido lógico, la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico de estas Directivas comunitarias no se realizó aprovechando la aprobación de la LCAP de 1995. En este sentido, en la exposición de motivos de la misma se justificaba la no incorporación a su texto del contenido de la Directiva 93/38/CEE «por el carácter privado de la mayor parte de las entidades a las que afecta» (apartado 1.2), así como porque nuestro país disponía todavía de plazo para incorporar la Directiva 93/38/CEE hasta el 1 de enero de 1997, mientras que para las Directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios ya había agotado ampliamente su plazo de trasposición. Sin embargo, el plazo previsto por la Directiva 93/38 transcurrió de forma clara sin que se incorporara al Derecho interno, por lo que el Estado español volvió a incumplir el Derecho comunitario en la materia.

En 2003 se produjo la primera condena importante por la incorrecta adaptación española del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos, una cuestión que ha originado a partir de entonces graves pronunciamientos del máximo intérprete del Derecho comunitario contra España. En efecto, la sentencia de 15 de mayo condenó a España al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la Directiva 89/665/CEE a las decisiones adoptadas por las 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, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; en la sentencia el TJCE también advirtió que no era correcto el someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

En parecidos términos, la sentencia de 16 de octubre de 2003 declaró el incumplimiento español al no someterse al conjunto de las disposiciones de la Directiva comunitaria de obras con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA).

Con posterioridad, la trascendente sentencia de 13 de enero de 2005 también condenó a España al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de las Directivas sobre contratos; al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas directivas (3).

---

(3) La sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 obligó a la inmediata reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a través del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de «reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública» [que incorporó en su título IV una modificación de los artículos 2.2, 3.1.c), 3.1.l), 141.a), 182.a), 210.a) y de la disposición adicional sexta del TRLCAP].

Más recientemente, la sentencia de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión contra España, ha terminado condenando a nuestro país por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva «recursos», es decir, la 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, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

Para el Tribunal, en la medida en que el acto de adjudicación implica de iure la celebración del contrato, resulta de ello que en España, con el régimen que se deriva del TRLCAP, la LRJPAC y la LJCA, la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato. Además, la formalización del contrato no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente la legislación que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas. De ello se desprende para el TJCE que, en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros*, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74). La posibilidad de disponer de la facultad de interponer un recurso de anulación del propio contrato no puede compensar la imposibilidad de actuar contra el acto de adjudicación de éste por sí solo, antes de que se celebre el contrato.

## II. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

### 1. El obligado cambio de enfoque desde el que analizar y aplicar la legislación de contratos

La LCSP ha incorporado por fin en nuestro Derecho de la contratación pública el cambio de perspectiva que desde hace años había impuesto en este sector el Derecho comunitario y que sin embargo nuestra legislación se resistía a asumir plenamente (4). Así se explica que la nueva Ley defina en su troncal artículo 1 su objeto y finalidad por referencia a los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Frente a la tradición española, extendida hasta el TRLCAP, que resaltaba como objetivo fundamental de la normativa en la materia la garantía de los intereses públicos dentro del contrato, con una legislación basada en la figura del contrato administrativo y defensora de las prerrogativas públicas en los mismos, la LCSP se apoya directamente en el Derecho comunitario de la contratación pública y antepone a todos los demás objetivos asegurar la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada (5).

De acuerdo con el citado artículo 1 de la LCSP, la norma de cabecera de todo nuestro Derecho de la contratación pública, que se aplica además a todas las Administraciones y organismos y entidades públicas, junto a la garantía de la igualdad, publicidad y transparencia son novedosos objetivos de la norma «asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

---

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA («Ámbito de aplicación de la Ley», en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*—dirección GÓMEZ-FERRER MORANT—, Civitas, Madrid, 2<sup>ª</sup> ed., p. 82), ya había advertido tras analizar el ámbito aplicativo de la Ley de Contratos de 1995 que ésta no era una Ley de contratos administrativos y que la norma había sido adoptada, por influencia del Derecho comunitario, desde una óptica distinta de la tradicional en nuestro Derecho de contratos de la Administración.

(5) Véase al respecto, MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 93 y ss.

Se entiende por ello que cuando la LCSP señala en el párrafo 2 del citado artículo 1 que «es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar», reconoce el papel secundario y parcial de esta normativa con respecto a sus objetivos principales sentados en el párrafo anterior. De esta forma, las prerrogativas o cláusulas exorbitantes resultan sólo aplicables a algunos de los contratos públicos celebrados por las Administraciones públicas, los contratos administrativos típicos o especiales, no así a los contratos celebrados por los restantes poderes adjudicadores y entidades del sector público, que, por el contrario, sí están sujetos en todo caso a los principios generales de la contratación pública y por tanto al respeto de las reglas derivadas de la libre competencia (6).

En definitiva, los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales (7) y comunitarias (8) de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación (9). Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias —frente, por ejemplo, a las Directivas europeas sobre contratos o al Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la OMC, que regulan principalmente las fases de preparación y adjudicación de los contratos— (10).

---

(6) Las prerrogativas o cláusulas exorbitantes de la Administración en los contratos administrativos se recogen en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LCSP —artículos 194 y 195—.

(7) El Tribunal Constitucional ya había señalado en su sentencia de 22 de abril de 1993 que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas.

(8) El Derecho europeo persigue como objetivo básico asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 del Tratado) es considerada por el Tribunal como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22-6-1993, asunto C-243/89).

Véase 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*, Civitas, Madrid, 1996, p. 50.

(9) Véase HUERGA LORA, A. (2005), «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», REDA nº 126, p. 234.

(10) De la tradicional preocupación del ordenamiento jurídico europeo por las fases preparatorias y de adjudicación del contrato (expresada en la aprobación desde 1971 de diversas Directivas, primero sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros,



## **2. La diferenciación entre las reformas introducidas en la LCSP por exigencia del Derecho comunitario o por decisión del legislador español**

En la incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública por la LCSP hay luces pero también significativas sombras.

Con carácter previo hay que advertir que la LCSP, pese a que reconoce en su preámbulo el carácter tributario de la misma con respecto al Derecho europeo, inmediatamente —en el tercer párrafo del considerando I de la exposición de motivos— plantea otros objetivos perseguidos con la nueva legislación que parece surgir como una iniciativa política «en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve».

Pero han sido precisamente las reformas que no venían exigidas por el Derecho comunitario las que más problemas y dificultades de interpretación y aplicación han planteado tras la aprobación de la LCSP [véase el muy crítico Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo de 2006 (11)]. Sin embargo, la incorporación de la Directiva 2004/18/CE a la LCSP se ha realizado para el Consejo de Estado, en general, de forma correcta en cuanto a técnica y contenido (12).

Ahora bien, el contraste de varias de las técnicas, figuras o soluciones adoptadas por la LCSP con el Derecho comunitario, integrado no sólo por las directivas sobre contratos sino también por la jurisprudencia del TJCE y, gra-

---

luego también de contratos de servicios, de procedimientos en los conocidos como sectores especiales y de recursos en todos estos procedimientos), está pasando en los últimos años a contemplar la previsión de condiciones especiales de ejecución del contrato (las disposiciones de la Directiva 2004/18 al respecto han sido incorporadas por el novedoso y de gran alcance práctico artículo 102 LCSP), a imponer obligaciones sobre el pago a los contratistas y subcontratistas (Directiva 2000/35/CE, 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, incorporada al Derecho español por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, ahora recogida en los artículos 200 y 211 LCSP), sobre duración de los contratos, régimen de las prórrogas y sobre modificaciones del contrato (para limitar notablemente su uso —como ha recogido el artículo 202 de la LCSP—, tras las observaciones al anteproyecto de LCSP de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea emitidas el 12 de diciembre de 2006, en las que rechazaba la compatibilidad con el Derecho comunitario de la posibilidad de modificar el contrato por «necesidades nuevas»).

(11) Que advirtió los riesgos importantes que planteaba la nueva estructura de la Ley, las contradicciones y confusión de regímenes jurídicos entre contratos administrativos y contratos privados así como el complejo ámbito subjetivo establecido por el artículo 3.

(12) Apartado IV.2.b) del Dictamen 514/2006.

cias a ésta, por disposiciones de Derecho originario europeo, hace que no se pueda entender en modo alguno que todo el nuevo texto español se ajuste a todas las exigencias europeas.

### **3. La terminología, las definiciones y las regulaciones reproducidas de la Directiva 2004/18: oferta económicamente más ventajosa, oferta anormal o desproporcionada, definición de los contratos típicos, técnicas para la racionalización de la contratación, subastas electrónicas y diálogo competitivo**

En la nueva LCSP se aprecia, con mucha mayor nitidez que en la LCAP y en el TRLCAP, la influencia comunitaria que va desde la misma terminología utilizada a las definiciones y regulaciones de diversas instituciones de la contratación pública.

Resulta muy significativo que la nueva Ley abandone incluso los tradicionales términos del Derecho español de los contratos administrativos de subasta y concurso y opte por introducir el concepto comunitario europeo de oferta económica más ventajosa. Así, el procedimiento abierto o restringido cuyo único criterio de adjudicación es el precio más bajo, será el equivalente a la subasta (el término subasta se reserva en la LCSP a las subastas electrónicas) y los procedimientos abiertos o restringidos donde se consideran varios criterios de selección operan en el texto igual que el concurso (término que ahora se utiliza para el concurso de proyectos que define el artículo 168 de la LCSP).

En la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se llegó a aprobar una enmienda (13) a la propia exposición de motivos de la norma para aclarar que

«desde un punto de vista formal, se ha aprovechado para incorporar a nuestra legislación la terminología comunitaria de la contratación, con el fin de facilitar, ya desde el plano semántico, la interoperabilidad con los sistemas europeos de contratación. Esto ha supuesto el abandono de ciertas denominaciones tradicionales en nuestro derecho, que no de los correspondientes conceptos, que subsisten bajo nombres más ajustados al contexto europeo. En particular, los términos «concurso» y «subasta» —que en la legislación nacional se referían, de forma un tanto artificiosa, a «formas de adjudicación» del contrato como instrumento que debía utilizarse en conjunción con los «procedimientos de adjudicación», se subsumen en la expresión «oferta económicamente más ventajosa» que remite 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 abiertos, res-

---

(13) Enmienda nº 148 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, BOCG de 29 de marzo de 2007, serie A. Núm. 95-22, p. 224.

tringidos o negociados, y ya se utilice un único criterio (el precio, como en la antigua «subasta») o ya se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo «concurso») —apartado IV.4—.

Sin embargo, el concepto de la LCSP de «oferta económicamente más ventajosa» es más amplio que el manejado en la Directiva 2004/18, al englobar tanto la noción estricta presente en la norma comunitaria —que presupone la utilización de una multiplicidad de parámetros de valoración—, como el criterio del «precio más bajo», que dicha disposición distingue formalmente de la anterior (14). Precisa al respecto la exposición de motivos de la LCSP que la misma «ha puesto ambos conceptos comunitarios bajo una misma rúbrica para evitar forzar el valor lingüístico usual de las expresiones utilizadas (no se entendería que la oferta más barata, cuando el único criterio a valorar sea el precio, no fuese calificada como la «económicamente más ventajosa»), y para facilitar su empleo como directriz que resalte la necesidad de atender a criterios de eficiencia en la contratación» (15).

De forma técnicamente más precisa, la nueva Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales, que también abandona los términos de subasta y concurso que preveía el artículo 24 de la Ley 48/98 como criterios de adjudicación de los contratos, pasa ahora a utilizar en el artículo 60 de la nueva Ley los conceptos de «precio más bajo solamente» y de «oferta económicamente más ventajosa».

También sustituye la LCSP el concepto tradicional español de «baja temeraria» por el término utilizado en el Derecho comunitario de «oferta anormal» o «desproporcionada». Esta se apreciará en un contexto de múltiples criterios a considerar; no tiene porque ser exclusivamente una baja en el precio, sino que puede referirse a otros valores.

En la nueva regulación se enfatiza la necesidad de oír al licitador antes de declarar el carácter anormal de su oferta y se elimina la exigencia de una

---

(14) El artículo 53 de la Directiva 2004/18 establece que los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán:

«a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución;

b) o bien solamente el precio más bajo».

(15) GIMENO Feliù, J. M<sup>º</sup>., se manifiesta en contra de que se incluyan en la LCSP en un mismo criterio lo que tanto para la Directiva 2004/18 como para el TRLCAP son dos («Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del sector público», RGDA núm. 14, febrero 2007).

garantía especial, que establecía nuestra legislación de contratos sin que estuviese prevista por el Derecho comunitario (16).

La finalidad básica de la normativa comunitaria en la regulación de las ofertas anormalmente bajas es la de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento. El artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, establece que si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta (17). Dichas precisiones podrán referirse, en particular «a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios; b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios; c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador; d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación; e) la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador».

Por otra parte, la definición de los distintos contratos administrativos típicos se basa en la contenida en la Directiva 2004/18/CE, en concreto en sus artículos 1 y anexos I y II, si bien la LCSP contempla un nuevo tipo contractual, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (18), a pesar de que la directiva comunitaria en la materia todavía no ha sido apro-

---

(16) El artículo 83.5 del TRLCAP señalaba que «cuando la adjudicación se realice en favor del empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva del 20% del importe de adjudicación».

(17) Una previsión similar recogían el artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos de obras, los artículos 26 y 27 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro, los artículos 36 y 37 de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, y el artículo 34 de la Directiva 93/38/CEE, sobre contratos en los denominados sectores especiales o excluidos.

(18) Frente a la indeterminación inicial de su configuración inicial, en la tramitación parlamentaria de la Ley 30/2007 se precisó el carácter subsidiario del contrato, al que sólo cabrá acudir cuando para satisfacer las necesidades colectivas las administraciones no puedan acudir a un contrato de concesión de obras públicas, de servicios, de obra, de suministro o de gestión de servicios públicos.

Acerca de la nueva figura contractual puede verse CHINCHILLA MARÍN, C. (2006), «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA* 132 (2006), pags. 609 y ss. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2006), «Contrato de colaboración público-privada», *RAP* 170, pp. 22 y ss.

bada (19) y no lo va a ser a corto o medio plazo por la falta de consenso entre los países europeos en la materia.

En el Libro III de la LCSP, dedicado a la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, inserta la norma un Título II bajo la imprecisa rúbrica de «Racionalización técnica de la contratación» (20), donde se recogen en verdad una serie de novedosas técnicas —por lo menos en lo que supone su regulación general en la Ley— dirigidas a dotar a la contratación pública de cierta flexibilidad y facilitar su simplificación en algunos supuestos. Se regulan así los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición y las centrales de contratación. Pues bien, todas estas técnicas provienen y de la Directiva 2004/18/CE y se trasponen de forma casi literal por la LCSP.

La necesidad de hacer más flexibles los procedimientos de adjudicación es una preocupación del Derecho comunitario. Como tal, se expresó ya en el Libro Verde de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 («Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro») y posteriormente en la Comunicación de la misma de 11 de marzo de 1998 («La contratación Pública en la Unión Europea»).

Para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos, las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados.

En el considerando 16 de la Directiva 2004/18 se afirma que «para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva». La LCSP traspone la citada Directiva regulando en los artículos 180 a 182 los acuerdos marco, en los artículos 183 a 186 los sistemas dinámicos de contratación y en los artículos 187 a 191 la centralización de contratos de obras, suministros y servicios.

---

(19) Véase al respecto el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final].

(20) Resulta más correcto el enunciado de la Ley 31/2007 al recoger estas nuevas figuras: «Técnicas de contratación» (Título V de la Ley).

Hay que advertir que el contenido de este Título V es más amplio que el del Título II del Libro III de la Ley 30/2007 ya que recoge en su seno las subastas electrónicas, lo que a mi entender no parece muy adecuado, como tampoco me parece oportuna la ubicación de las subastas electrónicas en la LCSP (artículo 132), ya que en ninguno de los dos casos se recoge la figura de una forma sistemática dentro de la normas que le corresponderían como son las relativas a la selección del contratista.

Los acuerdos marco se celebran entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos con el objeto de establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas (180.1 LCSP).

La definición del acuerdo marco se recoge en los artículos 1.5 de la Directiva 2004/18/CE y 1.4 de la Directiva 2004/17/CE.

La figura fue introducida en el Derecho comunitario a través de la Directiva 93/38/CEE, sobre contratación en los denominados «sectores especiales» (antecedente inmediato de la Directiva 2004/18/CE). En efecto, según el apartado primero del artículo 5 de la Directiva 93/38, «las entidades contratantes podrán considerar un acuerdo marco como un contrato con arreglo al apartado cuarto del artículo 1 y adjudicarlo de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva». La definición de la nueva figura contractual, cuya introducción en la Directiva se debió al Reino Unido, se encontraba recogida en el apartado quinto del artículo 1 de la Directiva, que entendía por acuerdo marco «un acuerdo celebrado entre una de las entidades contratantes definidas en el artículo 2 y uno o varios suministradores, contratistas o prestadores de servicios, que tenga por objeto fijar los términos de los contratos que se hayan de adjudicar en el transcurso de un periodo determinado, particularmente en lo que se refiere a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas».

En España, la posible celebración de acuerdos marco se contempló en el artículo 6 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que establecía los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones; norma que incorporó al Derecho español las Directivas 93/38/CEE, anteriormente citada, y 92/13/CEE, la Directiva sobre «recursos» en los sectores especiales.

El artículo 159.2.f) del TRLCAP preveía la posibilidad de que se utilizase el procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos, previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del órgano de contratación, en los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las administraciones públicas o de un contrato marco, siempre y cuando este último haya sido adjudicado de acuerdo con las normas de esta Ley. El artículo 182.l) del mismo Texto refundido establecía que podía utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa en las adjudicaciones de los contratos que fuesen consecuencia de un acuerdo o contrato marco, siempre y cuando este último hubiese sido adjudicado con sujeción a la Ley.

Por tanto, de acuerdo con las referencias contenidas en el TRLCAP, el uso del contrato o del acuerdo marco sólo estaba previsto de manera expresa

para los contratos de suministros y para determinados contratos de gestión de servicios públicos, aunque como destacó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 5/2005, de 7 de julio, «el acuerdo marco es una figura aplicable, a todos los efectos, a los contratos de las administraciones públicas, ya que esta interpretación, por ella misma, no vulnera ninguno de los principios esenciales del derecho de contratos públicos».

Con la incorporación al Derecho español de las Directivas de 2004, los acuerdos marco se han recogido dentro de los instrumentos para la racionalización técnica de la contratación. En efecto, la figura de los acuerdos marco persigue esta racionalización, en cuanto pretende hacer posible la celebración y adjudicación de contratos públicos en los términos y condiciones fijados por un acuerdo anterior dirigido a ello (sobre todo, en lo relativo a los precios y las cantidades). Se definen así ahora en el artículo 180 de la LCSP los acuerdos marco: «los órganos de contratación del sector público podrán concluir 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». Y el artículo 2.4 de la Ley 31/2007 entiende por acuerdo marco un acuerdo celebrado entre una o varias de las entidades contratantes y uno o varios operadores económicos, «que tenga por objeto establecer los términos que deberán regir los contratos que se hayan de adjudicar en el transcurso de un período determinado, particularmente en lo que se refiere a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas».

Por lo que se refiere a los denominados sistemas dinámicos de adquisición (SDA), son un procedimiento totalmente electrónico previsto para las compras corrientes. El artículo 33 de la Directiva regula el funcionamiento de estos sistemas dinámicos. A diferencia de lo que sucede con los acuerdos marco, el SDA se desarrolla mediante un procedimiento abierto a todo contratista que cumpla las condiciones de la oferta y permite la presentación de ofertas durante todo el desarrollo del sistema. La LCSP regula los sistemas dinámicos de contratación en los artículos 183 a 186, recogiendo las directrices establecidas por la normativa europea.

En cuanto a la «central de compras» (centrales de contratación para la LCSP, art. 187), es para la Directiva 2004/18 aquella en que un poder adjudicador «adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores, o adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministro o servicios destinados a poderes adjudicadores», como recoge el apartado 2 del artículo 187 LCSP.

Por último, otras de las destacadas novedades de la Directiva 2004/18 fueron la regulación de las subastas electrónicas (que se definen en el artículo 1.7 y se desarrollan en el artículo 54) y del diálogo competitivo (que se define en el artículo 1.11.c) y se desarrolla en el artículo 29), incorporados de forma mimética por el artículo 132 y por los artículos 163 a 167, respectivamente, de la LCSP.

#### **4. La adecuada aunque limitada introducción de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación.**

Sin duda alguna, merece una valoración positiva que la LCSP haya optado por la máxima aplicación de la Directiva 2004/18 en lo que se refiere a la contratación electrónica, para la que la Directiva dejaba a la discrecionalidad de los países la incorporación o no de distintos procedimientos y trámites.

En efecto, de una forma criticable y poco coherente con su pretendido impulso de la contratación electrónica, la Directiva 2004/18 no quiso imponer una adaptación forzosa de estos medios a los diversos sistemas nacionales, sino que dejó a los Estados miembros la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan recurrir a aquellas; sin perjuicio, claro es, de que una vez que se proceda a la incorporación deba hacerse en los términos definidos y regulados por la Directiva. Así lo expresa el considerando 16 de la Directiva 2004/18/CE: «Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva».

La decisión del legislador español en este punto es acertada, y todavía podía haber sido mejor si se hubiera optado por ir más allá de las previsiones comunitarias y apostar verdaderamente por la utilización de estas técnicas electrónicas en las compras públicas (21), en la línea de lo establecido por la importante Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que, superando la desfasada en lo elec-

---

(21) Como propuso en su comparecencia como experto ante la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados encargada de tramitar el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público DOMÍNGUEZ-MACAYA, J., Presidente de la Junta Asesora de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma Vasca y Director General de Patrimonio y Contratación del Gobierno Vasco, BOCG nº 748, de 19 de febrero de 2007, páginas 37 y siguientes.



trónico LRJPAC, consagra la relación con las Administraciones públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa de tales Administraciones. Es más, esta norma fija un plazo para el ejercicio de este derecho, que en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes se podrá ejercer en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009. Tampoco se ha decidido nuestra LCSP a realizar la imprescindible revisión del tradicional procedimiento de licitación (22).

El servicio al ciudadano exige en nuestros días consagrar su derecho a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos, y el sector de las compras de bienes y servicios por las Administraciones públicas y sus organismos o entidades dependientes o vinculadas se muestra como especialmente indicado para el uso de las TIC (23). Por ello, en el nuevo marco estratégico «i2010, Sociedad de la información europea 2010», que promueve una economía digital abierta y competitiva y hace hincapié en las TIC en tanto que impulsoras de la inclusión y la calidad de vida, la contratación pública se plantea como un sector clave a promover para conseguir que los servicios prestados sean mejores, más accesibles y más rentables (24).

La introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación supondrá además para las Administraciones un notable incremento de la transparencia y de la eficiencia de los procedimientos de contratación (25). Como destaca la Comunicación de la Comisión sobre el papel de la Administración electrónica (e-government) en el futuro de Europa de 26 de septiembre de 2003, el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones puede mejorar la calidad y la eficacia de la contratación pública, además de generar un ahorro significativo para los contribuyentes y puede contribuir a mejorar las relaciones con suministradores, la satisfacción de los usua-

---

(22) Para GALLEGO CÓRCOLES, I., la falta de desburocratizar los procedimientos de licitación es una de las principales sombras de la regulación, que no ha apostado verdaderamente por la contratación electrónica. «La contratación electrónica de las entidades locales», en MORENO, J. A. (dir), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, p. 610.

(23) Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2004: «Retos para la sociedad de la información europea con posterioridad a 2005» [COM (2004) 757 final —no publicada en el Diario Oficial].

(24) Véase DOMÍNGUEZ-MACAYA, J. (2006), «La iecontratación, una nueva —y necesaria— forma de entender la contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 53, pp. 34 y ss.

(25) Véase al respecto GALLEGO CÓRCOLES, I., «Contratación pública electrónica», en AAVV, *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 226 y ss.

rios, la utilización de los recursos humanos en los procedimientos de contratación y la transparencia en el gasto público. Estas evidentes ventajas de la utilización de medios electrónicos y telemáticos en la contratación pública, destacadas desde hace años por las instituciones comunitarias, hacen menos entendible y más criticable que, más allá de las buenas declaraciones de intenciones, en la Unión Europea no se hayan aprobado hasta la fecha unas disposiciones claras y decididas para el desarrollo de la contratación pública electrónica. En este sentido, las Directivas de contratación de 2004 no son sino una tímida aproximación que, si bien incluye normas específicas relativas a la tramitación electrónica de los procesos de licitación, deja muy lejos la plena difusión de la contratación pública electrónica en Europa.

Pues bien, con una técnica legislativa y una sistemática poco acertada, la LCSP remite a dos disposiciones adicionales la regulación de los principales aspectos del uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación, como sabemos una de las novedades principales de la nueva Ley, influenciada directamente por el Derecho comunitario. Estas reglas generales merecían formar parte del articulado de la norma y podrían haberse agrupado junto a otros preceptos de la Ley referidos al uso de medios telemáticos en algún capítulo específico, lo que podría haber facilitado al operador de la LCSP su utilización y aplicación. A esta utilización de medios electrónicos tampoco va a ayudar el reglamento parcial de desarrollo de la Ley que va a aprobar en breve el Ministerio de Economía y Hacienda (26), que pretende llevar a cabo una ejecución muy limitada de la nueva Ley de Contratos ya que sólo comprende la clasificación de contratistas, el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, la valoración de los criterios de apreciación subjetiva, especialmente cuando deba hacerse a través del comité de expertos u organismo independiente a que se refiere el artículo 134.2 de la LCSP, las Mesas de Contratación a constituir en el ámbito de las Administraciones públicas y las comunicaciones al Registro Oficial de Contratos.

## **5. Los ámbitos más cuestionables por la falta de adecuación de la LCSP a las exigencias comunitarias**

### **A) La tan compleja como artificiosa construcción subjetiva del artículo 3**

El precepto sin duda más importante para la aplicación e interpretación de la nueva Ley de Contratos es el artículo 3, que con una redacción realmente complicada —con nociones que operan a modo de círculos concéntri-

---

(26) El borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP ha sido publicado en septiembre de 2008 en la página web del Ministerio ([www.meh.es](http://www.meh.es)).

cos— fija el ámbito subjetivo de la norma. En la tipología de entidades se apoya toda la estructura de la Ley.

En efecto, dentro de las entidades del sector público sometidas a la LCSP y definidas en el apartado 1 del citado artículo 3, resulta necesario singularizar tres grandes categorías, que llamativamente no coinciden con las derivadas del Derecho comunitario, ni tampoco con las categorías del Derecho administrativo español (27) —por ello insiste el legislador en todos los apartados del artículo 3 que las nociones que maneja lo son a los exclusivos «efectos de esta Ley»: los poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administraciones Públicas —apartado 2 del artículo 3—, los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas —apartado 3 del artículo 3— y la categoría residual de las «restantes entes del sector público», recogida en el apartado 1 del precepto e integrada por aquellos supuestos que no entran dentro de las otras dos categorías anteriores.

Pese a que el artículo 3 de la LCSP trata de incorporar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho comunitario sobre contratos públicos, la incorporación se vuelve a hacer de modo peculiar y cuanto menos confuso al superponer los distintos conceptos (entes del sector público, poderes adjudicadores y Administraciones) (28), habiéndose descartado la vía más sencilla y acorde con la Directiva 2004/18 de reproducir su contenido, como sin embargo se ha hecho por la Ley en otras muchas cuestiones (vgr. definición de nuevos procedimientos y formas de adjudicación de los contratos como el diálogo competitivo, la subasta electrónica, los acuerdos marco o los sistemas dinámicos de adquisición) (29) o de ajustarse a la interpretación al respecto sentada por la jurisprudencia comunitaria [como hizo la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 2 (30)].

---

(27) En este sentido, la definición de Administración pública del apartado 2 del artículo 3 de la LCSP, que excluye a las entidades públicas empresariales, es sustancialmente distinta de la que establecen con pretensiones generales la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril) o la LRJPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

(28) Véase GALLEGO CÓRCOLES, I., «Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa práctica*, núm. 72, año 2008, pp. 36 a 46 y «El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, pp. 76 y ss.

(29) Como observa FELLÜ, J.M. («Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Noticias de la Unión Europea*, en prensa y «Las Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», Libro Col. (Dir. J. CRUZ ALLU) *La Contratación administrativa en Navarra*, INAP, Pamplona 2007), en el artículo 3 de la LCSP se confunde el género —el poder adjudicador— con la especie —los distintos sujetos contratantes sometidos a la Ley—.

(30) En el citado precepto la Ley Navarra sujeta a la misma a «las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cuales-

Hay que recordar que nuestros gobernantes y legisladores han sido especialmente tozudos en la adaptación de nuestro derecho al ámbito subjetivo de aplicación de la legislación comunitaria sobre contratación, lo que ha obligado a constantes parcheamientos de las disposiciones. En efecto, fueron sucesivamente ampliando el elenco de sujetos sometidos al Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000 las reformas de la norma llevadas a cabo en 2003 (Ley 62/2003, de 30 diciembre), 2005 (Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo) y 2006 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007), pese a lo cual no se ha adaptado nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias en la materia (véanse las duras sentencias del TJCE contra España de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005; así como el recurso de la Comisión contra España interpuesto el 30 de mayo de 2007, asunto C-255/07).

Hasta tal punto era necesaria la adaptación al Derecho comunitario del ámbito subjetivo de la legislación española que frente al plazo de seis meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» para la entrada en vigor de la norma que contemplaba la Disposición final duodécima de la LCSP, las reglas sobre los sujetos entraron en vigor al día siguiente al de la publicación, esto es, el 1 de noviembre de 2007.

La LCSP ha recogido en su letra h) del artículo 3.1 y en la letra b) del artículo 3.3 la definición de organismo de Derecho público de las directivas sobre contratos, recogido por ejemplo en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE. Pero lo ha hecho de un modo que realmente dificulta la interpretación del precepto al reiterar la misma definición en el seno del propio artículo 3 LCSP, para al final dar lugar a distintas categorías y con un juego diferente de la residualidad de las cláusulas —letra h) del apartado 1 frente a los restantes supuestos del precepto que definen los entes, organismos y entidades del sector público; y letra b) del apartado 3 sólo frente a las Administraciones públicas—.

Tanto el artículo 3.1.i) como el 3.3.c) de la LCSP incluyen también en el sector público y en la categoría de poder adjudicador a «las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras

---

quiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurren conjuntamente estos requisitos:

- Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil.
- Que las Administraciones Públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia» (artículo 2.1.e).

anteriores», en transposición del mismo artículo 1.9, primer párrafo, de la Directiva 2004/18/CE.

La LCSP define pues a los poderes adjudicadores en base a una serie de requisitos que provienen de las directivas comunitarias y a su vez han sido ya objeto de una bastante desarrollada interpretación jurisprudencial: el ente, organismo o entidad debe haber sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y unos o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financieramente mayoritariamente su actividad, controlar su gestión o nombrar a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Acerca del ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sobre contratos públicos se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en numerosas ocasiones desde el importante asunto *Beentjes* (sentencia de 20 de septiembre de 1988). En consonancia con la doctrina jurisprudencial europea, todas las Directivas sobre contratos públicos, aprobadas a partir del año 1993, incluidas las Directivas vigentes 2004/17/CE y 2004/18/CE, incorporan una definición funcional de organismo público (31).

Mientras que en la LCSP se habla de poderes adjudicadores, en la Directiva 2004/18 se diferencia entre poderes adjudicadores y organismos de derecho público. En concreto, el artículo 1.9 de la citada norma europea dispone lo siguiente (el subrayado es añadido):

«Son considerados '*poderes adjudicadores*': el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado '*organismo de Derecho público*' cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público».

---

(31) Sobre el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos, puede verse MARTÍN LIZARRAGA, M.M., «La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública», *Justicia Administrativa*, nº 6 (2000), pp. 15 y ss.; y GIMENO Feliù, J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

En el anexo III de la Directiva figuran, de forma ejemplificativa, las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados anteriormente para la consideración de un organismo de derecho público.

La consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado el concepto de organismo de Derecho público, que exige la concurrencia simultánea de los tres requisitos legales (Sentencia del TJCE de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, apartado 21).

Se trata de un concepto de Derecho comunitario que como tal debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad. El concepto se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en las directivas de contratos, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartados 54, 55 y 60).

## **B) El muy limitado recurso especial en materia de contratación**

Una de las principales novedades de la LCSP es la creación de un recurso especial en materia de contratación, que pretende incorporar a nuestro Derecho las exigencias comunitarias al respecto. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 37 de la LCSP, son susceptibles del mismo sólo determinadas decisiones contractuales que se adopten en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA), incluidos los contratos subvencionados, y en algunos contratos no SARA:

— Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II (los «servicios no prioritarios» en la terminología comunitaria) de cuantía igual o superior a 206.000 euros.

— Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años (32).

Estos últimos supuestos se añadieron en el trámite parlamentario de la LCSP, al aprobarse diversas enmiendas transaccionales que ampliaron el ámbito de aplicación del recurso especial y de las medidas provisionales que son consecuentes. La intención fue que se permitiera el recurso también en aquellos contratos con una significación económica y práctica equivalente a los contratos SARA.

En cualquier caso, hay que destacar que la limitación del ámbito de aplicación del recurso especial mereció el reproche tanto del CES (33) como del Consejo de Estado (34), para el cual:

«esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada» (35).

En este mismo sentido, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia comunitaria y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006) insisten en que todas las personas afectadas por un contrato público tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario (36).

---

(32) Se trata del mismo límite que establece el artículo 156 de la LCSP para excluir la utilización del procedimiento negociado en razón de la cuantía.

(33) Dictamen 4/2006, de 20 de febrero de 2006.

(34) Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006.

(35) En la línea de lo sugerido por el Consejo de Estado, la enmienda nº 212 del G.P. Catalán pretendía la aplicación del recurso especial a todos los procedimientos de adjudicación de contratos del sector público.

(36) Véanse las SSTJCE de 8 de septiembre de 2005, C-129/04; 11 de enero de 2005, C-26/03 y 12 de febrero de 2004, C-230/2002.

En su citada Comunicación, la Comisión señala que «en aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos las decisiones que perjudiquen

La ampliación del ámbito de aplicación del recurso especial se quedó pues muy corta y carece de justificación razonable la limitación de las garantías de los derechos de los licitadores que se produce en los contratos no SARA. Esta regulación del recurso especial de contratación puede ser contraria a las exigencias europeas, especialmente de la doctrina del TJCE sentada en las sentencias Alcatel de 28 de octubre de 1999 y Comisión contra España de 3 de abril de 2008 (37).

Pero además de esa grave constatación, el régimen jurídico que se deriva de la lectura sistemática del artículo 37 y de las distintas disposiciones de la Ley relativas a la adjudicación de los contratos (en particular, los artículos 27 y 135), permite concluir que la adjudicación provisional carece de verdadero sentido en los contratos celebrados por las Administraciones públicas que no se consideren SARA. En efecto, en la LCSP la distinción entre adjudicación provisional y definitiva se aplica, por una parte, a todos los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, independientemente de sus características; y, por otra, a los de las restantes entidades del sector público cuando estén sujetos a regulación armonizada. Ese «período de congelación procedimental» [en términos utilizados en los trabajos preparatorios de la revisión de la Directiva de recursos (38)] entre la adjudicación provisional y la definitiva, que la LCSP establece para todos los contratos de las Administraciones Públicas, sólo tendrá eficacia (a efectos de la interposición del recurso) en el caso de los contratos SARA. Para el resto de contratos celebrados por las Administraciones su significado queda totalmente en entredicho, e incluso puede suponer una seria traba procedimental para los órganos de contratación que se verán obligados a adjudicar provisionalmente y más adelante, en

---

a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario. Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión. De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)».

(37) Véase al respecto LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, «El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», en MORENO MOLINA, J.A. (dir), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, pp. 289 y ss.

(38) Véase la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (Comisión de las Comunidades Europeas, 4.5.2006, COM 2006 195 final).



una nueva decisión, adjudicar definitivamente el contrato, que sólo se perfecciona con esta adjudicación definitiva (art. 27.1 LCSP).

### **C) El riesgo de huida de los principios generales por la amplia posibilidad de utilización de procedimientos de contratación de carácter excepcional y por la masiva aprobación de instrucciones internas de contratación**

A pesar de que la LCSP reconoce desde su artículo 1 que el fundamento de toda la normativa de contratación es el respeto de los principios generales de la contratación pública, la necesidad de respeto de los mismos se ve seriamente comprometida en la legislación española de contratos por la existencia de procedimientos excepcionales, como el contrato menor y el procedimiento negociado, que nuestros órganos de contratación utilizan con un carácter general. La situación era ya muy preocupante con la vigencia del TRLCAP, pero se antoja peor todavía con la LCSP ya que la nueva Ley lleva a cabo un considerable aumento de los umbrales de utilización del procedimiento negociado y del contrato menor.

Hay que recordar que en el Derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del contrato menor, definida en la Ley española exclusivamente por la cuantía del contrato, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la LCSP acudir a este procedimiento sólo por razón de su valor.

Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva Ley. Desgraciadamente, todos los objetivos de la norma, recogidos ahora de forma destacada en el artículo 1 de la LCSP, quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden —como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras Administraciones, en especial las Corporaciones locales— utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista.

Para muchos Ayuntamientos lo realmente excepcional va a resultar con la nueva Ley de Contratos adjudicar algún contrato de obras de más de 50.000 euros o un contrato de otro tipo cuya cuantía exceda de 18.000 euros (las cifras que ahora permitirán acudir al contrato menor de acuerdo con el artículo 122.3 de la LCSP).

En este sentido, la Ley de Contratos ha desaprovechado la oportunidad de contemplar algún otro modelo de procedimiento simplificado de contratación que permitiera contratar sin merma del principio de libre competencia.

La utilización abusiva del contrato menor viola flagrantemente los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación y no se cumple por nuestro ordenamiento jurídico un Derecho comunitario de los contratos públicos en el que la jurisprudencia europea —sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GmbH— obliga a respetar los principios generales en todos los contratos celebrados por los poderes públicos, como ha aclarado también la ya citada Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.

Pero es que la LCSP también abre otra importante posibilidad de escape de los principios generales con la amplia libertad que se ofrece a las instrucciones internas que deberán aprobar los poderes adjudicadores en los contratos no sujetos regulación armonizada y las restantes entidades y organismos del sector público en todos sus contratos —ya que éstas no celebran en ningún caso contratos SARA ex art. 13.1 LCSP—. Todas estas entidades públicas, de enorme relevancia en la actualidad en nuestra organización administrativa —tanto en el ámbito estatal y autonómico como en el local—, en la medida en que introduzcan especialidades procedimentales y reglas propias para su contratación, pueden dificultar el acceso general de los licitadores, a los que resultará muy complejo conocerlas todas ellas o poder preparar sus ofertas para participar en los procedimientos convocados, si es que tienen esa posibilidad —y no se encuentran en muchos casos con la utilización, amparada por estas instrucciones, de contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad incluso con cuantías superiores a las de la LCSP, o con otros procedimientos limitativos de la competencia que puedan establecer (39)—. El problema será mayor cuanto más pequeñas sean las empresas. La libre concurrencia y la igualdad de acceso a las licitaciones se pueden ver, en consecuencia, muy afectadas; y todo ello pese a la vigencia de estos principios para la contratación de todos los entes instrumentales no sólo ex artículo 1 LCSP, sino también ex artículos 123 y especialmente 175.a) y 176.1 de la nueva Ley de Contratos.

---

(39) GIMENO Feliù, J.M. (2009), advierte del peligro de esta deslegalización procedimental («Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador en la Ley de Contratos del Sector Público», *Noticias de la Unión Europea*, número monográfico sobre la Ley de Contratos del Sector Público, en prensa).

### **D) La nueva categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada y su contradictoria virtualidad. Cuestionamiento desde la óptica del Derecho comunitario europeo**

La nueva LCSP opta por crear una nueva categoría en el derecho español de los contratos públicos con el objetivo de identificar qué normas provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por las Administraciones públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario: se acuña así el concepto de «contratos sujetos a regulación armonizada» (contratos SARA) para designar a aquellos contratos que, por razón de la entidad contratante, su tipo y su cuantía se encuentran sujetos a las prescripciones comunitarias.

Con la positividad de esta categoría se pretende por el legislador español, como manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP —apartado IV—, permitir la modulación de la aplicabilidad de las normas de la Directiva a los diferentes contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, solo a los casos exigidos por las disposiciones comunitarias. De la misma forma, y por exclusión, el concepto también sirve, según la exposición de motivos, «para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico».

Ahora bien, el problema es que la categoría puede ocasionar más confusión que claridad. El planteamiento del legislador al crear la figura de los contratos sujetos a regulación armonizada no se ha mantenido, ni seguramente ello sería posible, hasta sus últimos extremos, sino que se utiliza de forma parcial. Por ello, si bien los contratos SARA es cierto que identifican «el ámbito normativo supeditado a las prescripciones comunitarias», sólo lo hacen parcialmente, puesto que muchas de las obligaciones derivadas de las directivas comunitarias se extienden por la LCSP a todos los contratos celebrados por las Administraciones, los poderes adjudicadores o el resto de entidades públicas: vgr. reglas sobre aptitud para contratar con el sector público, especificaciones técnicas, condiciones especiales de ejecución, procedimientos de adjudicación, criterios de valoración de las ofertas, etc... Son muchas menos las exigencias derivadas de las directivas que se aplican a los contratos sujetos a regulación armonizada (principalmente recurso especial y publicidad en el DOUE) que las que obligan a los contratos que sin embargo no se consideran por la LCSP sujetos a regulación.

Hay que tener en cuenta que el régimen fundamental de la LCSP sigue siendo, al igual que ocurría en el TRLCAP, el de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y, dentro de estos, el de los contratos administrativos. Pues bien, para los contratos administrativos apenas tiene relevancia

la distinción entre contratos sujetos o no a regulación armonizada. Junto a la posibilidad de interposición del recurso especial, que además y como ya ha sido objeto de análisis debería haberse extendido por la LCSP a todos los contratos, no sólo a los SARA, casi la única diferencia de régimen apreciable entre unos y otros es la diversa exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículos 125 y 126 de la nueva Ley): algo que ya contemplaba en la regulación anterior el TRLCAP.

En definitiva, si la principal razón de ser de la nueva categoría es clarificar los contratos a los que se aplican las obligaciones derivadas de la directivas comunitarias, el concepto resulta fallido pues no permite en modo alguno la pretendida identificación.

La significación de la nueva categoría es pues mucho menos importante en la LCSP que lo que anuncia su exposición de motivos (apartado IV.2) o lo que parece desprenderse de su ubicación sistemática y su regulación en el Título Preliminar, «Disposiciones Generales», de la Ley. De los tres tipos de sujetos que reconoce el artículo 3 de la LCSP, los contratos SARA no operan para las entidades del sector público del apartado 1 que no sean poderes adjudicadores (por la propia definición del artículo 13.1 de la Ley) y la categoría carece de verdadera trascendencia en relación con los contratos celebrados por las Administraciones públicas, que se consideren o no contratos SARA se someten al mismo régimen jurídico.

La diferenciación resulta operativa principalmente para los contratos celebrado por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones. Para ellos el que celebren contratos sujetos o no sujetos a regulación comunitaria supone que su régimen jurídico o bien se asemejan en mucho al de los contratos administrativos (los celebrados por las Administraciones públicas en la nueva LCSP), o bien puedan someterse a un régimen flexible escapando de las normas jurídico-públicas de contratación. Pero para conseguir esta diferenciación, perseguida ya desde hace bastante tiempo en nuestro Derecho [baste ver las sentencias del TJCE condenatorias de nuestro país en materia de contratación pública (40)], no hacía falta esta construcción jurídica.

Incluso la flexibilización de la regulación para los entes del sector público que no son Administraciones Públicas pero sí han sido creados para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles, va más allá de la regulación anterior, que sometía a las entidades públicas empresariales estatales y sus asimiladas autonómicas o locales a la regulación prevista para los contratos administrativos.

---

(40) Por todas, pueden verse las SSTJCE de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005.

Pero la mayor crítica a la nueva categoría de los contratos SARA debe venir desde el Derecho comunitario europeo, en el que se apoya teóricamente nuestro legislador para construir la figura y el mismo que está detrás de la definición recogida en los artículos 13 y siguientes de la LCSP.

Pues bien, hay que tener en cuenta que en la actualidad el Derecho comunitario aplicable a la contratación pública no está integrado sólo por las directivas sobre contratos —singularmente por la 2004/17 y la 2004/18/CE—, sino también y de forma si cabe más relevante por los principios del Tratado de la Comunidad tal y como han sido interpretados por el Tribunal europeo de Justicia. En efecto, éste, a través de una lúcida y ya muy consolidada doctrina, ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado (41) —los umbrales de las directivas son los que se utilizan en la LCSP para definir los contratos sujetos a regulación armonizada—, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Así, el máximo intérprete del ordenamiento jurídico europeo, tras comprobar cómo las directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, «a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado». La sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, *Parking Brixen GMBH*, resulta muy ilustrativa cuando concluye que «pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad».

---

(41) Los artículos 7 de la Directiva 2004/18/CE y 16 de la Directiva 2004/17/CE fijan el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos; y también quedan fuera de las normas europeas los contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directivas.

La Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y señala significativamente en su considerando segundo que «la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado».

El TJCE ha desarrollado una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado CE. Los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, «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» [Sentencia Parking Brixen GMBH, considerando 49].

De la jurisprudencia del alto Tribunal europeo los principios han pasado a las Directivas de contratación, que hoy los recogen de forma destacada (arts. 2 de la Directiva 2004/18/CE y 10 de la Directiva 2004/17/CE) y a la nueva Ley de Contratos española, que los ha elevado a su artículo 1 como fundamento de la normativa reguladora de la actividad contractual del sector público.

Pues bien, para que quedara todavía más claro, la Comisión Europea publicó una Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (42).

Si para el Derecho comunitario los principios y las obligaciones aplicables a todos los contratos públicos deben ser en esencia las mismas, la dis-

---

(42) DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006.

tinción en nuestra LCSP entre contratos SARA y no SARA resulta muy cuestionable. En especial, cuando se observa cómo el legislador español justifica que el nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos gira en torno a la identificación de las normas que «proviene de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por Administraciones Públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario» y que con la positivación de los contratos SARA se pretende «permitir la modulación de la aplicabilidad de las normas de la Directiva a los diferentes contratos del sector público» pero también, de la misma forma, y por exclusión, el concepto sirve «para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico» (apartado IV.2 de la exposición de motivos de la LCSP).

En este punto radica el error de base que luego llevará a la Ley a adoptar decisiones contrarias al Derecho comunitario. No existe libertad absoluta e los ordenamientos nacionales para regular la contratación del sector público por debajo de los umbrales europeos, o en los contratos en España considerados no SARA. Al contrario, por encima o por debajo de las cuantías comunitarias —por cierto, bastante volátiles en los últimos años (43)—, los principios a aplicar son los mismos: igualdad y no discriminación, transparencia, publicidad y libre competencia.

### III. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública ha desempeñado un papel decisivo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Euro-

---

(43) La última de las modificaciones de las cuantías apareció en el DOUE L 317, del 5 de diciembre de 2007, que publicó el Reglamento (CE) 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre, por el que se modifican los umbrales de aplicación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos a partir del 1 de enero de 2008. Este Reglamento dio lugar a la aprobación en España —lo que no debería haberse hecho por la naturaleza y eficacia directa del Reglamento comunitario— de la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre (BOE núm. 313, de 31 de diciembre) y su corrección de errores publicada el 4 de febrero de 2008.

Hay que tener en cuenta que la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/2007 y la disposición final tercera de la Ley 31/2007 (como habían señalado anteriormente la disposición adicional segunda de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y la disposición final tercera de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones), establecen que las cifras que en lo sucesivo se fijen por la Comisión Europea y se publiquen por Orden del Ministro de Hacienda, sustituirán a las que figuran en el texto de la misma.

peas, cuya jurisprudencia sobre la materia, aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea, unida a las Directivas aprobadas por el legislador comunitario, ha contribuido a formar un verdadero «corpus iuris» sobre contratos públicos. La propia Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que «la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2» (44).

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal europeo de justicia la que declara la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado previsto por esta última, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, lo que se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades jurisdiccionales. De ello deduce el TJCE que, al aplicar el Derecho nacional, bien se trate de disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacerlo, en todo lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue (véanse las sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8; de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, Rec. p. I-6911, apartado 20, y de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 26).

En la sentencia del TJCE de 24 de septiembre de 1998, asunto C-76/97, *Tögel*, el Tribunal recordó las consecuencias de la falta de adaptación del Derecho interno a las Directivas comunitarias sobre contratos públicos. En caso de que un Estado miembro no haya adoptado las medidas de ejecución exigidas o haya adoptado medidas no conformes con una Directiva, el Tribunal de Justicia ha reconocido, en determinadas circunstancias, el derecho de los justicia-

---

(44) También hace referencia expresa a la jurisprudencia europea la LCSP, que señala en el apartado IV.3 de su exposición de motivos que la norma articula un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, con el fin de trasponer 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, «tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».



bles a invocar judicialmente una directiva frente a un Estado miembro que haya incumplido sus obligaciones. Aunque esta garantía no puede servir de justificación para que un Estado miembro eluda la adopción, dentro de plazo, de las medidas adecuadas al objetivo de cada directiva (véase, en particular, la sentencia de 2 de mayo de 1996, Comisión/Alemania, C-253/95, Rec. p. I-2423, apartado 13), sí puede, no obstante, facultar a los justiciables para invocar, frente a un Estado miembro, las disposiciones materiales de la directiva de que se trate.

Si las disposiciones nacionales no pueden interpretarse de manera conforme a las directivas de contratos públicos, los interesados pueden solicitar, siguiendo los procedimientos adecuados del Derecho nacional, la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la falta de adaptación del Derecho interno a la directiva dentro del plazo señalado (véase, en particular, la sentencia de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, Rec. p. I-4845).

En este sentido, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia (sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 40), en todos los casos en que ciertas disposiciones de una directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares pueden invocarlas frente al Estado, bien cuando éste se abstiene de adaptar el Derecho interno a la directiva dentro de plazo, bien cuando hace una adaptación incorrecta.

En los apartados 43 y siguientes de la sentencia *Tögel*, citada anteriormente, el Tribunal examina si las disposiciones controvertidas en autos de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios, resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas para que un particular pueda invocarlas frente al Estado. A este respecto, el TJCE señala que las disposiciones del Título I, relativas al ámbito de aplicación material y personal de la Directiva, y del Título II, relativo a los procedimientos aplicables a los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en los Anexos I A y I B, son incondicionales y suficientemente precisas para ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional.

En virtud de los artículos 8 a 10 de la Directiva 92/50, las entidades adjudicadoras están obligadas, de manera incondicional y precisa, a adjudicar los contratos públicos de servicios con arreglo a procedimientos nacionales de conformidad con lo dispuesto en los Títulos III a VI en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I A y con arreglo a los artículos 14 a 16 en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I B. Las obligaciones procedimentales se recogen hoy en los artículos 28 y siguientes de la Directiva 2004/18/CE.

Para el TJCE, las disposiciones detalladas de los Títulos III a VI de la Directiva, que se refieren a la elección de los procedimientos de adjudicación y normas relativas a los concursos de proyectos, a las normas comunes en el sector técnico y de publicidad, así como las relativas a los criterios de participación, de selección y de adjudicación, son, sin perjuicio de las excepciones y matices que se desprenden de su tenor, incondicionales y suficientemente claras y precisas para ser invocadas por los prestadores de servicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

El Tribunal concluyó en su sentencia que los particulares pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales las disposiciones de los Títulos I y II de la Directiva 92/50. En cuanto a las disposiciones de los Títulos III a VI, también pueden ser invocadas por un particular ante un órgano jurisdiccional nacional en la medida en que del examen individual de su tenor literal resulte que son incondicionales y suficientemente claras y precisas (apartado 47).

En la STJCE de 2 de junio de 2005 (asunto C-15/04), el Tribunal matiza el ámbito de aplicación del principio de autonomía institucional y procedimental por la entrada en juego de la obligación de los Estados miembros derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé.

En efecto, para el TJCE,

«en el presente asunto consta que, según la normativa nacional aplicable, el Bundesvergabeamt es competente para conocer los recursos relativos a las «decisiones», en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, adoptadas por las entidades adjudicadoras en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (...) y la legislación nacional aplicable excluye el examen y, en su caso, la anulación, en el marco de un recurso ante el Bundesvergabeamt, de acuerdos consistentes en la cancelación de una licitación después de la apertura de ofertas en un procedimiento de adjudicación abierto. Pues bien, como se ha recordado en el apartado 30 de esta sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 se oponen a tal exclusión. Dichas disposiciones de la Directiva 89/665 son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG.

En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665» (el subrayado es añadido).

En España, aunque sin recoger en todas sus consecuencias la doctrina jurisprudencial comunitaria, el Informe 57/2005 de 19 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sostiene la eficacia directa

de los extremos concretos y particulares de la Directiva 2004/18 en los que no existan dudas de su aplicación (45).

#### **IV. LA OBLIGACIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO. LA ESPECIAL RELEVANCIA DE ESTA EXIGENCIA PARA APLICAR LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA BASADOS EN EL DERECHO EUROPEO**

Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91, Rec. p. I-4661, apartado 34, y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, apartado 39).

Si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, Rec. p. I-937, apartado 30, y Engelbrecht, antes citada, apartado 40) (46).

De acuerdo con esta doctrina, en su sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto C-327/00, el Tribunal respondió a la cuestión prejudicial que se le había planteado señalando que la Directiva 89/665, sobre procedimientos de recurso (que ha sido modificada recientemente por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007), debe interpretarse en el sentido de que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, cuando se acredite que, por su comportamiento, una enti-

---

(45) Se muestra crítico con el citado Informe GIMENO Feliù, J.M.<sup>º</sup> [«Observaciones al anteproyecto de Ley de contratos del sector público y consecuencias del vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 18/2004», *Contratación Administrativa Práctica* nº 52 (2006), pp. 33 y ss.], defendiendo el autor la eficacia directa de la Directiva 2004/18 frente a la normativa de contratación interna en cuanto se oponga a la misma, hasta su completa transposición, por aplicación del principio de primacía del derecho comunitario.

(46) Véase al respecto ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario europeo», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, nº 1.921 (2002), p. 2.354.

dad adjudicadora ha imposibilitado o dificultado excesivamente el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico comunitario a un ciudadano de la Unión perjudicado por una decisión de dicha entidad adjudicadora, la obligación de declarar admisibles los motivos basados en la incompatibilidad del anuncio de licitación con el Derecho comunitario, que se invocan en apoyo de un recurso interpuesto contra la referida decisión, debiendo tales órganos jurisdiccionales utilizar, en su caso, la posibilidad prevista por el Derecho nacional de no aplicar las normas nacionales de caducidad que establecen que, una vez expirado el plazo para recurrir contra el anuncio de licitación, ya no es posible alegar tal incompatibilidad (47).

La necesidad de interpretación de las normas sobre contratación pública con arreglo a los principios del Tratado se destaca por la propia Directiva 2004/18/CE, que los recoge expresamente en su considerando segundo: «(...) principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia».

El TJCE ha subrayado además la importancia de los principios y normas que se derivan del Tratado y ha precisado, en particular, que las directivas de contratación pública tienen por objeto, por una parte, «facilitar la realización en el interior de la Comunidad de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios» y, por otra parte, «garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras y de suministros» (48).

Pero tras la aprobación de la LCSP el principio de interpretación conforme está llamado a desarrollar un decisivo papel para la aplicación de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados de la legislación española basados en el derecho europeo (49). Piénsese en este sentido en los conceptos, todos ellos claves para la Ley 30/2007, de poder adjudicador (letras b) y c) del artículo 3.3), sector público (con la cláusula residual de la letra h) del art. 3.1), oferta económicamente más ventajosa (art. 134), consideraciones de

---

(47) Sobre el procedimiento de recurso en materia de contratación pública, el alcance del control jurisdiccional y el principio de eficacia, véase la STJCE de 2 de junio de 2005, en el asunto C-15/04.

(48) Sentencias de 10 de marzo de 1987, en el asunto 199/85, Comisión contra Italia, y de 17 de noviembre de 1993 en el asunto 71/92, Comisión contra España.

(49) Sobre esta importancia en la legislación anterior véase BAÑO LEÓN, J. M., «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», RAP n.º 151 (2000).

tipo medioambiental o de tipo social como condiciones especiales de ejecución de los contratos (art. 102), ofertas con valores anormales o desproporcionados (art. 136)...

En este sentido, hay que tener en cuenta que, por ejemplo, las nociones utilizadas «a los efectos de esta ley» por las letras h) del artículo 3.1 y b) del artículo 3.3 de la LCSP reproducen la noción de organismo de derecho público, que sirve a su vez para identificar a los poderes adjudicadores, de las directivas comunitarias (apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE y apartado 1.a) del artículo 2 de la Directiva 2004/17/CE) (50). La jurisprudencia comunitaria ha interpretado «in extenso» estos conceptos de Derecho comunitario (véanse, por todas, las SSTJCE 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005).

Por lo que se refiere al concepto jurídico indeterminado de «oferta económicamente más ventajosa» —ahora incorporado por la LCSP como criterio de valoración de las ofertas en el artículo 134, aplicable incluso en los procedimientos negociados, como precisa el apartado 4 del artículo 162, y en el diálogo competitivo, como aclara el artículo 167.2—, la jurisprudencia comunitaria ha precisado que las entidades adjudicadoras deben mencionar, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar (STJCE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06), lo que han recogido las directivas de contratos. Pues bien, esta obligación, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos, y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (51).

En efecto, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas (52).

---

(50) Acerca del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, véase la muy clarificadora Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(51) Véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 88; en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 98, y, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04, Rec. p. I-10109, apartado 24.

(52) En relación con los contratos públicos de servicios, puede verse las sentencias Concoridia Bus Finland, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, apartado 62, y la anteriormente citada ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, apartado 23.

Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (53).

En definitiva, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras.

---

(53) Véase, por analogía, en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia *Universale-Bau y otros*, antes citada, apartado 99.

(54) Véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de obras, las sentencias, antes citadas, *Beenjjes*, apartado 21, y *SIAC Construction*, apartado 34, así como, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia *ATI EAC y Viaggi di Maio y otros*, antes citada, apartado 22.

# EL NUEVO CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ALFONSO PEÑA OCHOA

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.— II. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA.— III. LA PRÁCTICA ESPAÑOLA ANTES DE LA REGULACIÓN EN LA LCSP.— IV. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO EN LA LCSP.— V. ACTUACIONES PREPARATORIAS DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO.— VI. EL PROGRAMA FUNCIONAL.— VII. EL CLAUSULADO DEL CONTRATO: 1. Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 289. 2. Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones. 3. Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la Administración. 4. Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración. 5. Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato.— VIII. EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.— IX. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Hablar del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, cuyo régimen jurídico se establece en la Ley española de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007), es difícil sin describir previamente el concepto comunitario de colaboración público-privada (*Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*). En este artículo se examina el régimen jurídico de estos contratos, la experiencia previa en España y el tratamiento de estos contratos en las Cuentas Nacionales.

*Palabras clave:* colaboración jurídico-privada; riesgo de construcción; riesgo de demanda; riesgo de disponibilidad; valor por precio; evaluación.

*ABSTRACT: To talk about contract of public-private partnership, whose legal regime is established in the Law of 30 de october de 2007 on Public Contracts, it's difficult without task describing the community concept o public-private partnerships (Green Paper on public-private partnerships and community law on Publics contracts and concessions). This article provides a juridical perspective on the legal regime of the so called contracts of public-private partnerships, the Spanish experience and the accounting treatment in the nacional Acconts of the contracts undertaken by government units in the framework of partnerships with non-governmets units.*

*Key words: public-private partnerships; the construction risk; the demand risk; the availability risk; value for money; evaluation.*

## **I. ANTECEDENTES**

Una destacada novedad de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, entre tantas otras pues la ley es pródiga en sorpresas tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el formal, es la de haber incorporado a nuestro derecho público de contratos una nueva figura contractual, en forma de contrato típico, que se une a los cinco preexistentes de obra, suministros, servicios, gestión de servicios públicos y concesión de obra pública, bajo la extraña denominación de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, de la que parece deducirse que los contratos anteriormente citados no fueran exponentes de dicha colaboración, intrínseca en todo contrato en el que una parte sea una entidad pública y la otra un contratista privado.

El legislador no oculta que estos contratos (a los que se refiere en plural, no por su número sino por ser variados los objetos y las formas como se instrumentan) ya venían siendo usados por las Administraciones Públicas españolas aun antes de que decidiera su incorporación a la legislación contractual *tipificándolos*. Así lo expresa con claridad la exposición de motivos: «*Nominados únicamente en la práctica de la contratación pública, la Ley viene, finalmente, a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompasarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto*».

En esa práctica, el concepto de colaboración público-privada ha dado cobertura a realidades muy diversas, que se han manifestado bajo distintas formulas contractuales y que, en ocasiones, incluso han precisado de solucio-



nes organizativas ad hoc, generalmente la constitución de una empresa, para el cumplimiento del objeto del contrato (1) (las denominadas fórmulas de colaboración contractuales e institucionales).

Esta configuración abierta de los contratos de colaboración en la práctica española está alineada con la noción amplia que sobre estos contratos existe en el mundo, y singularmente en Europa, donde este es un concepto en el que caben todos los casos de colaboración entre el sector público y el privado, instrumentada a través de un contrato de larga duración —generalmente, más de veinte años— en el que el sector público se compromete a comprar una serie de servicios, entre los que se incluye la construcción, el mantenimiento y la reposición de las infraestructuras, que son suministrados por el socio privado en unas condiciones de cantidad y calidad prefijadas en el contrato, y, además, el privado aporta la financiación y asume los riesgos de construcción y el de demanda o el de disponibilidad.

## II. EL CONCEPTO COMUNITARIO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

En el ámbito comunitario (2), el concepto ha sido objeto de estudio en el *Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 30 de abril de 2004*, en la subsiguiente *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de*

---

(1) Sobre el concepto de colaboración público-privada véase el trabajo de Luis Míguez Macho en *Revista de Administración Pública*, num. 175, «Las formas de colaboración público-privada en el derecho español». Opina este autor que dicho concepto es más amplio que el se deduce de la figura contractual que estamos analizando y, para fundamentar su criterio, realiza un exhaustivo repaso de las distintas figuras contractuales y su aptitud para albergar contratos de CPP: «La Unión Europea ha empezado a utilizar una terminología hasta ahora ajena a nuestro lenguaje jurídico, la de «colaboración público-privada», que, si bien por el momento no ha trascendido del plano de los documentos de trabajo al plano normativo, no puede ser pasada por alto, porque suscita importantes cuestiones que afectan al núcleo mismo de diversas instituciones jurídicas que en el Derecho español responden a categorizaciones distintas y a veces bastante heterogéneas entre sí. No se trata sólo, conviene aclararlo desde el principio, de analizar las nuevas figuras contractuales que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, trata de regular bajo la denominación común de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y que ya cuentan con estudios pioneros en la doctrina administrativista española, sino de preguntarse desde una perspectiva más global qué instituciones de nuestro Derecho se ven concernidas por la reflexión comunitaria sobre la colaboración público-privada y qué consecuencias puede traer para ellas».

(2) Sobre el concepto comunitario de CPP, además del trabajo citado, ver Carmen CHINCHILLA MARÍN, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado».

las Regiones sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2006, en la que se contiene la posición legislativa de la Comisión de no dictar legislación comunitaria específica reguladora de los contratos de colaboración, en contra justo del designio del legislador español de proceder a la regulación tipificada de este contrato, y, recientemente, en la importante *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)*, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 12 de abril de 2008. Por su parte, EUROSTAT emitió su trascendental *nota de prensa 18/2004, de 11 de febrero (3)*, sobre *tratamiento en las cuentas nacionales de la Asociaciones Público-Privadas*, en la que se contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística (4), para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para construirlos y mantenerlos, sí en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado. En esta decisión se concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas, sobre las que más tarde volveremos.

---

(3) *News Release 18/2004*

New decision of Eurostat on deficit and debt.

Treatment of public-private partnerships.

«Eurostat, the Statistical Office of the European Communities, has taken a decision on the accounting treatment in national accounts of contracts undertaken by government units in the framework of partnerships with non-government units. The decision specifies the impact on government deficit/surplus and debt. It results from work undertaken in 2003 in cooperation with experts from European countries and different international bodies.

The decision is in line with the European System of Accounts (ESA95), and is consistent with the opinion of the Committee on Monetary, Financial and Balance of Payments Statistics (CMFB), as described in the annex.

Eurostat recommends that the assets involved in a public-private partnership should be classified as nongovernment assets, and therefore recorded off balance sheet for government, if both of the following conditions are met:

1. the private partner bears the construction risk, and
2. the private partner bears at least one of either availability or demand risk.»

(4) La Oficina Estadística de la Comisión es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (el sistema contable conocido como SEC-95). Además, este mismo organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los estados miembros.

En este ámbito comunitario, la colaboración público-privada se refiere, en general, «a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio» Como, acertadamente, resume Carmen Chinchilla Marín, el concepto de colaboración público-privada, que carece de definición normativa en el Derecho comunitario, se refiere a una relación, que puede ser contractual o institucional, entre una Administración y un «socio» privado, relativamente larga en el tiempo, en la que el socio público se limita a definir los objetivos a alcanzar, la calidad de los servicios propuestos y la política de precios y a garantizar el cumplimiento de dichos objetivos y el socio privado aporta la financiación, que puede ser completada por el socio público, y todas o alguna de estas prestaciones: diseño, realización o ejecución y asume riesgos que habitualmente soporta el sector público. En la noción comunitaria de colaboración público-privada de tipo puramente contractual se engloban combinaciones diversas, entre las que ocupa una posición preferente el que la Comisión denomina *modelo concesional*.

Conviene que recordemos para quienes no estuvieran familiarizados con la noción comunitaria de concesión —que ya comenzó a delimitarse en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario, de 29 de abril de 2000— que la «concesión comunitaria» se caracteriza por un *vínculo directo* entre el contratista (socio privado) y el usuario final, que significa que el socio privado presta un servicio directamente a la población «en lugar de» el socio público, aunque bajo su control, remunerándose mediante cánones abonados por los usuarios, que pueden complementarse con subvenciones de la Administración titular del servicio. Este concepto tiene una interpretación restrictiva, en el sentido de que la Comisión no considera asimilables a la noción de concesión los contratos que tienen esta denominación en los ordenamientos nacionales pero no cumplen estrictamente este criterio de vinculación directa. En particular, por lo que hace al caso de España, la restricción afecta a los contratos de gestión de servicios públicos (las denominadas concesiones de servicios) y de concesión de obra pública. El tema no es secundario para las autoridades comunitarias, pues de la catalogación del contrato en uno u otro concepto resultará la legislación aplicable a la adjudicación. En este terreno, la Comisión sostiene en el Libro Verde que la adjudicación de las denominadas concesiones comunitarias carece de regulación comunitaria, excepto las disposiciones relativas a obligaciones de carácter general de servicio público que no implican coordinación de los ordenamientos nacionales. Quiere esto decir que los Estados miembros disponen de la más amplia cobertura para la adjudicación, solo restringida por el respeto a los principios del Tratado de transparencia, igualdad de trato, proporciona-

lidad y reconocimiento mutuo. Por el contrario, se interpreta por la Comisión que la adjudicación de los contratos de colaboración público-privada de obras o servicios que no adopten forma concesional pura deberá ajustarse a las normas comunitarias sobre publicidad y participación de los *contratos públicos*, por lo que serán aplicables los procedimientos abierto y restringido y, excepcionalmente, el negociado y el de diálogo competitivo, para la selección del socio privado. Por si quedaran dudas, en el Libro verde se aclara que este régimen de adjudicación de los contratos públicos es el aplicable a los contratos de colaboración público-privada organizados bajo modelos PFI (Private finance initiative) para gestionar infraestructuras para las Administraciones Públicas, caracterizados por que la remuneración al socio privado no consiste en cánones por el uso de la infraestructura abonados por los usuarios, sino que estos se sustituyen por pagos periódicos de la Administración contratante, fijos o no en función de la disponibilidad de las obras o servicios o de su frecuentación. La Comisión incluye en este epígrafe, expresamente, el caso de los *peajes sombra* o virtuales utilizados en proyectos de autopistas en el Reino Unido, Portugal, España y Finlandia. En nuestro ámbito nacional, está generalizada la expresión de que este tipo de contratos de CPP son de corte concesional, al embridarse en el régimen previsto en la legislación española para el contrato de concesión de obra pública, aunque debe quedar claro que no responden a las características de la concesión comunitaria y que, por tanto, de esa forma de denominarlos de acuerdo con el derecho interno no se puede extraer ninguna conclusión en cuanto al procedimiento para su adjudicación, que siempre será uno aplicable a los contratos públicos.

### III. LA PRÁCTICA ESPAÑOLA ANTES DE LA REGULACIÓN EN LA LCSP

Dejando fuera del análisis los contratos de gestión de servicios públicos y las concesiones de la Ley 8/1972, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (5), que sin duda constituyen formas de colaboración público-privadas pero que no entran en el concepto de CPP, pues este se restringe a los supuestos en que el socio público compra un servicio (es decir, que es la Administración la que paga el precio) al socio privado, podemos señalar el año 1996 como el del inicio de un período de reformas de legislación pública española para incorporar mode-

---

(5) Aún podríamos remontarnos más si tomamos en consideración nuestro derecho concesional histórico, desarrollado bajo la larga vigencia de la venerable Ley de Obras Públicas de 1877 que permitió ejecutar, bajo formulaciones típicas de colaboración público-privada, entre otras, las infraestructuras básicas de la red nacional de transporte ferroviario. Ya en el anterior siglo, en el ámbito de la red de carreteras, se regularon las primeras concesiones a través de la Ley sobre construcción por particulares de carreteras de peaje de 1956, a la que siguió la Ley 55/ 1960.

los contractuales que permiten albergar relaciones entre el sector público y el sector privado calificables como CPP. El primer paso consistió en incorporar a nuestro derecho positivo el contrato de obra bajo modalidad de abono total del precio, que la doctrina mayoritaria considera una modalidad contractual de CPP en la medida de que es el socio privado el que asume no solo la ejecución de la obra sino también su financiación inicial, cuya recuperación puede diferirse hasta diez años desde la fecha de recepción del contrato, cumpliéndose así, también, el requisito de contrato de larga duración en el que el privado asume la financiación y construcción (6). Vino después la regulación del contrato de servicios de gestión de autovías, introducido por el artículo 60 de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que, pese a su calificación como contrato de servicios, incorporaba entre sus posibles objetos prestaciones que tradicionalmente se subsumían en el contrato de obras, como las relativas a la reparación inicial de la infraestructura sobre la que se presta el servicio e, incluso, las actuaciones de reposición y gran reparación posteriores, lo que da idea de contrato con plúrimas prestaciones o complejo, característica esta que siempre acompaña al CPP. Posteriormente, en el año 2003 se reguló el contrato de concesión de obra pública, en el que quedó absorbido el contrato de servicios al que acabamos de referirnos, que, como novedad, incorporaba la posibilidad de que la retribución al concesionario se abonara directamente por la Administración en sustitución de los usuarios (los denominados peajes o tarifas en la sombra) lo que, junto con otras especialidades del contrato relativas a la financiación de la obra y el derecho a su explotación por el concesionario, configura intrínsecamente una relación de colaboración público-privada. Finalmente, en 2007 se procede a incorporar a la LCSP el contrato que ahora analizamos.

Con este entorno legal, antes de la regulación del contrato en la LCSP, se produce en España un aluvión de contratos CPP. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar una lista de proyectos que creemos que inició la Región de Murcia con la autopista RM-15 Alcantarilla-Caravaca de la Cruz, construida al amparo de la Ley 4/1997, de Construcción y Explotación de Infraestructuras, siguió Madrid con la construcción de la autopista M-45 y la ampliación de la red de metro (caso MINTRA). Más tarde Navarra construyó la

---

(6) Como recuerda Mariano PUERTA CELA en su artículo «Aspectos presupuestarios de la colaboración público-privada», en *Presupuesto y gasto público* 45/2006, esta forma de colaboración para el desarrollo de infraestructuras no ha sido precisamente residual. Las autorizaciones a los Ministerios de Fomento y Medio Ambiente para la contratación de obras bajo esta modalidad contractual ascendieron a 7.300 millones de euros en el periodo 1997/2005, habiéndose autorizado en el Plan Extraordinario de Carreteras 2005-2008 un nuevo paquete de obras por importe de 2.500 millones. A título simplemente comparativo, recuerdo que el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2008 asciende a 5.500 millones de euros.

autovía del Camino Pamplona-Logroño, bajo un modelo de contrato concesional encastrado en la regulación foral del año 2001 específica para la concesión de esta obra pública con canon por el uso de la infraestructura a cargo de la Administración navarra, que incorpora todas las características CPP. Pero como, con toda precisión, señala el Libro Verde, no solo se han prodigado estos contratos en el ámbito de las infraestructuras del transporte (carreteras, puentes y túneles); también han tenido amplia utilización en contratos de construcción y explotación de infraestructuras en los sectores de la sanidad pública (hospitales y centros de salud), la educación (edificios para guarderías, colegios y universidades), la seguridad pública (comisarías y establecimientos penitenciarios), la defensa (acuartelamientos y equipamiento militar), justicia (sedes judiciales), los servicios sociales (residencias y centros de día), los servicios culturales (museos y bibliotecas) y el medio ambiente (saneamiento de aguas residuales). Pues bien, en todos esos ámbitos existen abundantes referencias de contratos bajo formulas CPP en las Administraciones Públicas españolas: construcción de siete hospitales en la Comunidad de Madrid, Hospital General de Oviedo, el de Palma, Ciudad de la Justicia de la Comunidad de Madrid, instalaciones de depuración de aguas residuales del Plan especial de depuración de Aragón y todos los programas de construcción y puesta a disposición de las distintas Administraciones de edificios y equipamientos, estructurados en torno al concepto del arrendamiento operativo y otros contratos reales y patrimoniales.

Esta es la realidad sobre la que se pretende que actúe la regulación del nuevo contrato, si atendemos al mandato (7) que desencadenó su incorporación en la LCSP que se contiene dentro del *Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad*, en el apartado correspondiente a la mejora de la regulación y de la labor de la Administración entre las medidas previstas para la mejora de la contratación pública.

---

(7) «Cuadragésimo cuarto. Mandato al Ministerio de Economía y Hacienda para que en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se traspondrán las nuevas directivas en materia de contratación, se incluya una regulación de los contratos de colaboración público-privados.

*El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato».*

#### IV. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO EN LA LCSP

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se define en el artículo 11 de la LCSP. En nuestra opinión, se trata de un contrato distinto al resto de los típicos, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 120 a) y 289 de la LCSP, que reenvían a las normas especiales del contrato con cuyo objeto se corresponda la prestación principal, aunque hay opiniones discrepantes que entienden que el contrato de colaboración siempre será otro contrato al que se le incluirán cláusulas especiales en aquellos aspectos que permite la Ley.

Por contra, entendemos que el contrato típico de colaboración trata de cubrir un vacío legal; no creemos que consista simplemente en un contrato de obras, de servicios o de concesión al que se puedan añadir aspectos específicos de la financiación de las obras y servicios, pues estas materias ya estaban perfectamente cubiertas en la práctica española desarrollada bajo la vigencia del TRLCAP. Encontramos que el nuevo contrato tiene perfiles propios que hay que destilar e identificar para conseguir que esta figura se aplique, como parece ser la voluntad del legislador al regularlo, cuando se den los requisitos delimitadores que lo definen y diferencian del resto de los contratos.

De acuerdo con este planteamiento, debemos tener en cuenta que en este contrato las partes son una Administración Pública (restricción sobre la que luego volveremos para analizar si puede otorgarse este contrato por entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración) y una entidad de derecho privado (incluso si esta pertenece al sector público). La duración del contrato, que más tarde se limita en el artículo 290, se determina en función de la amortización de las inversiones y, en cuanto al objeto del contrato, observamos que la Ley incluye en su perímetro objetivo prestaciones distintas o más complejas que las previstas en el resto de contratos típicos (8). Así, se habla de «actuación global o integral» (ya dijimos que el socio

---

(8) Artículo 11. *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.*

1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a. La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c. La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específica.

privado participa en el diseño de la operación, la construcción y gestión, lo que da idea del «importante papel del operador económico») que incluya además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros, alguna de estas prestaciones: la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado u otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Estas prestaciones son todas ellas subsumibles en los distintos contratos típicos preexistentes de obras, concesión de obra pública, suministros y servicios, si bien en el contrato de colaboración generalmente podrán fusionarse sin las limitaciones que establece el artículo 25 de LCSP. Por lo demás, estas prestaciones para incluirse correctamente dentro del tipo contractual del nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado deben requerir como elemento diferenciador, en todo caso, los requisitos de participación del socio privado en el contrato desde su propia configuración jurídica y económica, además de la financiación que siempre debe recaer en el socio privado, extremo este que es determinante aunque no exclusivo del contrato de colaboración, pues también concurre en el contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio y en la concesión de obra pública.

Frente a este último contrato, en el que la contraprestación puede consistir en el derecho a explotar la obra, debe tenerse en cuenta que otra característica constitutiva de la configuración del contrato de colaboración en nuestra Ley es la que recoge el artículo 11.4 al establecer que la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá siempre en un precio que

---

mente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

- d. Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.
2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.
3. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.
4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.



se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

Por último, en estos contratos siempre debe darse un requisito negativo, que es el que se contiene en el artículo 11.2 de LCSP, consistente en acreditar que no existen fórmulas alternativas para satisfacer las necesidades de la Administración dentro de los contratos típicos tradicionales, condición que debe operar como importante limitación a la utilización indiscriminada de estos contratos, reservados para objetos de gran envergadura y complejidad.

Por tanto, creemos que desde la entrada en vigor de la LCSP ya no podremos llamar CPP a una simple concesión, a un contrato de abono total, o a un contrato de gestión de servicios. Tendrá que tener algo más el contrato, en forma de múltiples prestaciones, participación del socio privado en las distintas fases, transferencia de riesgos, etc. Inversamente, sostenemos que en el nuevo marco legal no cabrá forzar la estructura de otros contratos típicos para incluir cláusulas que solo caben en un contrato de CPP, particularmente las relativas a los riesgos y a la contraprestación a cargo de la Administración, como durante la vigencia del TRLCAP ha ocurrido, utilizándose indebidamente el contrato de concesión en supuestos en los que no existía posibilidad de explotación económica.

En el artículo 11 de la Ley caben, pues, prácticamente todos los objetos. Si a esto sumamos, además, que el contrato se configura de forma «flexible» en la LCSP con una constelación de excepciones a lo largo de su articulado (9), el resultado es, como expresa Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, un

---

(9) Alberto Valdivielso Cañas enumera las siguientes en «El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de ley de contratos del sector público», en *Presupuesto y gasto público* 45/2006:

**EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA.**

Artículo 199. Principio de riesgo y ventura. La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

**EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE PAGO APLAZADO.**

El artículo 75.7 de LCSP admite, frente a la prohibición general de pago aplazado, aplazar el precio en los contratos de suministro bajo la modalidad de arrendamiento financiero y en los casos en que la Ley lo establezca como sucede con el contrato de colaboración en el que la contraprestación toma forma de pago diferido periodificado a lo largo de la vida del contrato (durante toda la duración del contrato dice exactamente el artículo 11.4) y queda vinculada al rendimiento. Además el artículo 75.5 LCSP admite que, excepcionalmente, pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo, se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto, supuesto

objeto del contrato totalmente abierto, con el objetivo de permitir cualquier tipo de prestación por parte del contratista; la regulación de estos contratos en la Ley es considerada por este autor un *modelo para armar*, definición tan afortunada que se ha abierto hueco entre la mejor doctrina científica, que la ha asumido como propia.

Por último, recordamos que el contrato, de acuerdo con el artículo 11 LCSP solo pueden otorgarlo las Administraciones Públicas, tiene siempre carácter administrativo según el artículo 19 (10), por lo que en los casos en que la colaboración se articule sobre la base de un contrato patrimonial no podrá invocarse la exclusión vía artículo 4 LCSP, y esta sujeto a regulación armonizada (11), independientemente de su cuantía, aun cuando no está regulado

---

que puede concurrir en los contratos de colaboración cuya adjudicación se efectúa por procedimiento o de diálogo competitivo.

Por último, el artículo 11.3 habilita al contratista, en una nueva manifestación del importante papel que asume el socio privado en el contrato, a dirigir las obras necesarias y a realizar, total o parcialmente, los proyectos necesarios para su ejecución.

Por su parte, Carmen CHINCHILLA MARÍN, en la obra citada, deja apuntada una importante incertidumbre en relación con el alcance del artículo 120 de la LCSP, en el sentido de si esos aspectos a los que se refiere el artículo que deben formar parte del contenido necesario del contrato (subcontratación, cesión, prerrogativas y condiciones de ejecución, modificación y extinción) pueden desarrollarse singularmente en cada contrato, estableciéndose así excepciones caso por caso al régimen jurídico aplicable al contrato, que no es otro que aquel que corresponda al contrato con el que se identifique la prestación principal o, por el contrario ese régimen es de Derecho necesario. Somos de la opinión de que la instrucción del artículo 120 de fijar necesariamente estas cláusulas en el contrato comporta la habilitación a que las partes las definan de forma alternativa a las previsiones legales sobre estas materias en los distintos tipos contractuales, es decir, que en estas importantes materias la LCSP permite derogaciones singulares del régimen general para el contrato de colaboración.

(10) Artículo 19. *Contratos administrativos.*

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría ó del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley 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 a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

(11) Artículo 13.1. Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre

en la Directiva 2004/18. Valdivielso Cañas entiende que la consideración de estos contratos siempre como administrativos vía artículo 19 trata de evitar, precisamente, que por aplicación de la regla de absorción del artículo 12 pudiera darse el caso tener que clasificarlos como privados cuando la prestación de mayor importancia fuera de naturaleza patrimonial o de servicios financieros, por exceder su cuantía económica de la prestación que se pretende obtener. Aunque no compartimos la argumentación, pues el artículo 12 se refiere a los contratos mixtos por comprender prestaciones de varios contratos públicos, si estamos de acuerdo en que el artículo 19 aporta una solución discutible pero práctica, frente a los problemas que da la aplicación de las reglas de absorción y complementariedad de los artículos 4.1 p) y 25.2 en los contratos mixtos privados y públicos, como, por ejemplo, sucede con la calificación del contrato de permuta de obra por aprovechamientos urbanísticos.

Por último en este punto, pese al carácter administrativo del contrato, se ha discutido sobre la posibilidad de que esta figura pudiera utilizarse por entidades públicas que no tengan la consideración de Administración Pública. En concreto, se ha planteado controversia sobre el ámbito objetivo de la LCSP a raíz de la posición manifestada por la Abogacía del Estado en la Instrucción 1/2008 de entender que *«no pueden ser otorgados por entidades que no ostentan la condición de Administraciones Públicas los contratos de concesión de obra pública, colaboración entre el sector público y el sector privado y gestión de servicios públicos, que solo pueden ser otorgados por las Administraciones Públicas; así resulta, para el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, del artículo 11.1; para el contrato de gestión de servicios públicos, del artículo 8.1; y para el contrato de concesión de obra pública, a falta de indicación expresa en el artículo 7, de los artículos 223 a 249 de la LCSP»*.

Sólo compartimos la cualificada opinión del Servicio Jurídico del Estado respecto del contrato de gestión de servicios públicos, en el que parece clara la voluntad del legislador.

Sin embargo, en cuanto al contrato de concesión de obra pública (sujeto a armonización, como contrato de obras que es, en la regulación española) los preceptos citados no nos sirven para concluir que dicho contrato esté vedado a las entidades que no tengan la consideración de Administración Pública a los efectos de la LCSP, pues se ubican en un Libro, el IV de la Ley, íntegramente dedicado a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos ADMINISTRATIVOS, de lo que resulta completamente lógico que solo se

---

que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador. Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17.

invoque a las Administraciones Públicas en esta sede sin que de ello se pueda concluir que estos contratos no se puedan otorgar por entidades del sector público no administrativas.

Por lo que hace al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, dos datos nos hacen cuestionar la conclusión a la que llega la Abogacía del Estado. En primer lugar, conviene recordar que este contrato no se regula en la Directiva 2004/18 (recordamos que es una innovación de la legislación española que incorpora a nuestro Derecho esta modalidad contractual habitual en la práctica de algunos países comunitarios), no obstante lo cual el artículo 13 lo declara *«en todo caso, sujeto a regulación armonizada»*. ¿Qué sentido puede tener esta decisión legislativa, más allá de dotar a estos contratos de un determinado régimen de publicidad y de recursos, si no es armonizar la posible utilización de esta figura contractual por cualesquiera entidades pertenecientes al sector público? La armonización es la técnica legislativa por la que se trata de dotar de un régimen estable jurídico-público a un tipo contractual, independientemente de la naturaleza pública o privada de los sujetos que lo utilicen, siempre que tengan la consideración de ser poderes adjudicadores según el Derecho comunitario. Así pues, en el contrato de colaboración, declararlo sujeto a regulación armonizada parece abonar la tesis de su posible utilización por entidades no Administración.

En segundo término, es completamente ilustrativo de la voluntad del legislador el comentario que se desliza en el párrafo IV de la Exposición de Motivos, que por su interés reproducimos: *«el hecho de que se ponga el acento en la regulación de la contratación de las Administraciones Públicas, sometiéndola a disposiciones más detalladas que las que rigen para las entidades sujetas a la Ley que no tienen este carácter (sobre todo en lo que se refiere a la celebración de contratos no sujetos a regulación armonizada) no significa que éstas últimas no puedan hacer uso de determinadas técnicas de contratación o de figuras contractuales contempladas de modo expreso sólo en relación con aquéllas (subasta electrónica, contratos de colaboración o instrumentos para la racionalización de la contratación, por ejemplo) puesto que siempre será posible que sean incorporadas a las instrucciones internas de contratación que deben aprobar esas entidades o que se concluyan al amparo del principio de libertad de pactos»*.

Quienes defienden esta posibilidad, adicionalmente, argumentan que estas entidades no están vinculadas por la prohibición de pago aplazado que el artículo 75.7 de la LCSP contempla exclusivamente para los contratos de las Administraciones Públicas, ni por el principio de riesgo y ventura, que el artículo 199 configura como una prerrogativa igualmente propia de las Administraciones en los contratos administrativos, por lo que entienden que las entidades del sector público distintas de la Administraciones podrán

construir contratos de este tipo aunque desvestidos de las prerrogativas de la Administración.

Entendemos que la valoración conjunta de estos argumentos implica admitir la posibilidad de que el contrato armonizado de colaboración pueda ser utilizado por entidades no administrativas, si bien hubiera sido deseable que se hubieran cerrado sin fisuras al ámbito de la Administración.

## **V. ACTUACIONES PREPARATORIAS DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO**

Debemos dedicar un espacio en este trabajo a las actuaciones preparatorias y el procedimiento de adjudicación de estos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que guardan importantes especialidades si los comparamos con las normas aplicables al resto de los contratos.

Ya vimos al analizar el artículo 11 de la LCSP en el que se define el contrato y sus características principales que una de ellas es que el órgano de contratación ha debido acreditar previamente a licitar un contrato de colaboración (a iniciar el expediente, dice exactamente la Ley) que no existen otras alternativas en los contratos públicos tradicionales para satisfacer las necesidades públicas. Para realizar esta comprobación, se establece un trámite específico (y más complejo que el documento de necesidades a satisfacer con el contrato previsto en el artículo 22, al que entendemos sustituye, según veremos al analizar la regulación legal del *programa funcional*) que es la elaboración del documento de evaluación previa, al que se refiere el artículo 118 de la LCSP. Este análisis consiste en comparar las distintas formas de contratación posibles para dar cobertura a las necesidades del órgano de contratación, para justificar la opción por el contrato de colaboración que solo podrá utilizarse cuando se obtenga con esta fórmula mayor valor por precio, por razones de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos.

Ya vimos que uno de los objetivos que movía al Gobierno al instar el desarrollo legislativo era, precisamente, el de obtener un mayor valor por precio en este tipo de contratos, y a este fin se introduce en la Ley este procedimiento de evaluación previa que resulta un poco extraño por no formar parte de nuestra tradición legislativa, aunque sea muy frecuente desde hace años en la práctica de nuestros socios comunitarios, especialmente en el Reino Unido, de la que se ha tomado la terminología. En definitiva, de lo que se trata es de justificar la decisión contractual en términos de *best value for money*. Como recuerda el Libro verde, es necesario determinar para cada proyecto si la

opción de la colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato.

Julio GONZÁLEZ GARCÍA asimila la evaluación previa al análisis que en otros países con más tradición de evaluación «ex ante» de las inversiones públicas se denomina *Public Sector Comparator*, consistente en comparar los costes para la Administración de un proyecto cuando lo ejecuta un socio privado mediante una estructura CPP con todos los costes que deberá soportar esa misma Administración si fuera esta la que ejecutara el proyecto por medios tradicionales, aunque es verdad que apreciamos diferencias en el caso español que desmerecen sobre el desarrollo de estas técnicas en otros países. En particular, me refiero a que la Ley de Contratos sólo somete a evaluación previa las inversiones que se pretendan acometer por un órgano de contratación mediante un contrato de colaboración, pues es para esta opción contractual para la que la Ley exige una justificación. Por el contrario, la Ley no requiere un análisis comparativo que analice la mejor forma de acometer un proyecto por el sector público y las capacidades de la iniciativa privada para ejecutarlo cuando se articule a través de un contrato «clásico», por importante que este sea, como sucede en el Reino Unido, por ejemplo. No nos sirve como explicación la convicción de la Comisión de Expertos para la reforma de la Contratación Pública de que el *value for money* se obtiene directamente de la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia, pues entendemos que siempre sería conveniente realizar el análisis de la fórmula más eficiente para contratos costosos y complejos, se opte o no por el contrato de colaboración (12).

La LCSP atribuye la realización del análisis de evaluación previa a un órgano colegiado de expertos en la materia que, en el caso estatal, la propia Ley concreta que será la Mesa especial del diálogo competitivo prevista en el artículo 296 LCSP.

La Ley acaba permitiendo un análisis sucinto cuando concurren razones de urgencia no imputables a la Administración. El concepto de urgencia, que en este caso no despliega los efectos sobre los plazos de los distintos trámites que se establecen en el artículo 96 LCSP, nos parece poco compatible con un contrato complejo y de larga duración como es el de colaboración. Menos aún, que invocando urgencia la evaluación previa se convierta en una comparación superficial.

---

(12) Las herramientas inglesas se han desarrollado a lo largo de tres décadas desde que en 1882 se implantara el PFI con el objetivo de incorporar la experiencia de gestión y la financiación del sector privado en los proyectos del sector público. El sistema consiste en evaluar las opciones de financiación pública o privada de los contratos que se van a licitar; en el año 2000 se introduce la técnica *best value*, que da cobertura a los poderes adjudicadores para poder seleccionar ofertas más costosas si mejoran la eficiencia.

## **VI. EL PROGRAMA FUNCIONAL**

El artículo 93 LCSP al regular el expediente de contratación establece, de acuerdo con una formulación ya tradicional, que al mismo se deben incorporar con carácter general el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas. Por excepción, en los contratos cuyo procedimiento de adjudicación sea el diálogo competitivo —entre los que se encuentran todos los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado— los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones se sustituyen por el documento descriptivo. En el caso particular de los contratos de colaboración, que, como decimos, de acuerdo con el artículo 164 LCSP siempre se adjudican por este procedimiento, en el documento descriptivo sustitutivo de los Pliegos se debe integrar el que se denomina en el artículo 119 *Programa funcional*. Lo elabora el órgano de contratación y contiene los elementos básicos sobre los que se va a dialogar con los contratistas (las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, económicos y técnicos sobre los que se debe configurar el contrato y los criterios de adjudicación).

## **VII. EL CLAUSULADO DEL CONTRATO**

Bien consciente el legislador de la complejidad de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en el artículo 120 fija una relación de materias sobre las que deben incluirse cláusulas específicas en el contrato —que desbordan las relativas al contenido mínimo previsto en el artículo 26, que también afecta al contrato de colaboración— que permitan identificar claramente las prestaciones, el régimen jurídico del contrato, el reparto de riesgos, las formas de remuneración al contratista y sus variaciones, las formulas de pago y compensación, las condiciones de modificación y resolución del contrato, el control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato, el destino de las obras y equipamientos a la extinción del contrato y las garantías afectas al cumplimiento de las actuaciones.

Como consideramos que en el artículo 120 de la LCSP se contienen elementos importantes para la delimitación del contrato de colaboración, conviene que analicemos en detalle su contenido.

### **1. Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 289**

Esta cláusula de identificación de las prestaciones principales va a determinar el régimen jurídico aplicable al contrato y las prerrogativas de la Admi-

nistración y las condiciones de ejecución, modificación y extinción. Sobre su alcance, nos resultan muy interesantes las reflexiones de Carmen Chinchilla Marín en el sentido de que el criterio para determinar las prestaciones principales no es el del artículo 12 para los contratos mixtos (pese a que el contrato de colaboración, por definición, siempre tendrá este carácter), en el que se toma en consideración para la determinación de las normas aplicables la prestación más relevante desde el punto de vista económico, sino que su identificación se deja al arbitrio de las partes que, a través de la cláusula que analizamos, incorporarán la prestación principal y su identificación con uno de los contratos públicos, identificación de la que se seguirá el régimen jurídico aplicable al contrato.

## **2. Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones**

Somos de la opinión de que, junto con la estructuración de la financiación, la posibilidad de un nuevo reparto de riesgos entre el operador privado y la Administración constituye la pieza dovela del recién estrenado contrato y el criterio que nos ayudará a distinguirlo de las otras formulaciones contractuales clásicas.

Ya vimos anteriormente que el artículo 199 solo admite la ejecución de los contratos administrativos a riesgo y ventura del contratista, con la única excepción de la habilitación que se confiere para repartir riesgos entre la Administración y el contratista en el contrato de colaboración. De acuerdo con este principio clásico de riesgo y ventura que se reedita en la Ley española de 2007, parecería que la regla general fuera la total transferencia de riesgos al contratista, excepto en el contrato de colaboración en que estos pueden repartirse en función de las capacidades de las partes para gestionarlos. No obstante lo anterior, la opinión es unánime al interpretar que tras el concepto «reparto de riesgos» lo que subyace es la transferencia al operador privado de riesgos que habitualmente soporta el sector público, por entender que desbordan el concepto de riesgo y ventura. Es decir, que la novedad del contrato es que permite atribuir al socio privado riesgos que hasta la fecha asumía la Administración.

La Comisión ha aclarado, en la decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004 que ya citamos, que para considerar que el socio privado asume la mayor parte del riesgo de construcción este deberá soportar las consecuen-



cias económicas derivadas de los retrasos en la entrega, o de cuando esta no se ajuste a las normas especificadas, de los incrementos de coste con relación a los inicialmente previstos y los derivados de efectos exteriores. En consecuencia, como acertadamente puntualiza Rosario Martínez Manzanedo (13), si el contrato prevé pagos de la Administración al operador privado antes de que finalice la construcción y puesta en servicio de la infraestructura, no incorpora sanciones efectivas por incumplimiento de las condiciones contractuales relativas a la construcción y no incluye cláusulas que impidan que los mayores costes de construcción se repercutan a la Administración o a los usuarios, habrá que interpretar que el riesgo de construcción quedará en el ámbito de la Administración, que lo soporta, sin que pueda entenderse transferido al socio privado, con los efectos que ya vimos que esto tiene en relación con el déficit y la deuda de la Administración titular del contrato.

En cuanto al riesgo de disponibilidad, este se refiere a las situaciones en las que el socio privado no está en condiciones de prestar los servicios establecidos en el contrato. Si se reducen significativamente, y de forma automática, los pagos que debe realizar la Administración (de tal modo que la minoración tenga un efecto importante sobre los ingresos y beneficios del socio, y no un carácter simbólico), se entenderá transferido el riesgo de disponibilidad.

Finalmente, el riesgo de demanda se refiere a los efectos que produce sobre el contrato la variación en la demanda de los servicios cuando esta acontece, con independencia de la gestión del socio privado, por razón del ciclo económico, por competencia de otras empresas o por razones tecnológicas, u otras externas. Si, en estos casos, la Administración está obligada a garantizar un nivel determinado de pagos al socio privado independientemente de la demanda real, podrá afirmarse que el riesgo de demanda lo asume la Administración. Es preciso recordar que, con frecuencia, en los contratos de colaboración bajo formato concesional, la retribución al contratista, en muchos casos, consiste en el pago por la Administración de un canon por la utilización de la infraestructura por los usuarios. De acuerdo con el análisis que estamos efectuando, este canon deberá calcularse en función del nivel efectivo de demanda, evitando tanto las cláusulas de pagos mínimos garantizados como las que limitan los beneficios del socio privado por mayor frecuentación, para que pueda entenderse transferido el riesgo de demanda.

---

(13) Rosario Martínez Manzanedo desarrolla un exhaustivo y solvente estudio de los criterios de Eurostat para el análisis del reparto de riesgos en «La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95)», *Presupuesto y gasto público*, nº 45/2006.

**3. Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la Administración**

Esta cláusula concreta los criterios de Eurostat sobre la transferencia del riesgo de disponibilidad, que hace referencia, también, a la calidad y las condiciones de disponibilidad de los servicios.

**4. Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración**

Varios autores han encontrado en este apartado del artículo 120 otra nota diferencial entre el contrato de colaboración y la concesión, que se suman a las que ya conocíamos del reparto de riesgos, consustancial al contrato de colaboración y no abiertamente permitido en el contrato de concesión, y vinculación directa con el usuario. Ahora, las diferencias se refieren a la contraprestación, que en el contrato de colaboración siempre consiste en un precio que, residualmente, puede complementarse con los ingresos que pueda obtener de la explotación de las obras o equipos, cuando sea autorizada por ser compatible con las necesidades del servicio público. Este criterio se sitúa en las antípodas de la retribución al concesionario, que siempre consiste en el derecho a explotar la obra, complementado, en su caso, con aportaciones de la Administración cuando la explotación no resulte económicamente rentable.

**5. Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato**

Esta cláusula se orienta, una vez más, a concretar el reparto de riesgos, que debe producir el resultado, cuando estos se transfieran al socio privado, de repercutir automáticamente en la retribución cuando haya variaciones en la demanda o en la calidad y disponibilidad del servicio. Lo mismo cabe predicar de las menciones que se contienen en las letras f y h.

Por último, las previsiones de las letras g (subcontratación), i (modificación y resolución del contrato), j (cesión), k 9 (destino de las obras), l (garantías) y m (condiciones generales y especiales) permiten configurar cada contrato de colaboración con un régimen jurídico especial en estas importantes materias.

## VIII. EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado siempre se adjudican por procedimiento de diálogo competitivo, previsto en el artículo 164 para contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permita una adecuada adjudicación del contrato. La propia Ley aclara que se considerará que un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b, c o d del apartado 3 del artículo 101, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto, criterios en los que, sin duda, se ve reflejado el contrato de colaboración público-privada.

Viene al caso recordar que, aunque la Directiva 18/2004 no incluye en su ámbito objetivo el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que ya sabemos que carece de regulación comunitaria, en su considerando 31 justifica el nuevo procedimiento de adjudicación mediante el diálogo competitivo en aquellos casos que los poderes adjudicadores ejecuten proyectos particularmente complejos en los que resulte objetivamente imposible definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que puede ofrecer el mercado, circunstancias que reconoce concurren cuando se ejecuten importantes infraestructuras de transporte integrado, redes informáticas de gran tamaño o proyectos que requieran financiación compleja y estructurada cuyo montante económico nos es posible definir con antelación. Es decir, en el ámbito propio de los contratos de colaboración.

En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, entendemos que un aspecto accesorio como es el procedimiento de diálogo competitivo previsto para la adjudicación no puede arrastrar la definición última del contrato. La configuración final del contrato después del procedimiento del diálogo puede determinar que la prestación encaja nítidamente, sin excepciones, en otro contrato típico, por ejemplo, una concesión de obra pública. En estos casos, el contrato se adjudicaría como típico y perdería la condición de contrato de colaboración, sujetándose su ejecución, efectos y extinción íntegramente a las normas aplicables al contrato por naturaleza, sin los matices que permite el artículo 289.1 en el inciso final.

Por el contrario, al cierre del diálogo competitivo puede ocurrir que la propuesta contractual sea híbrida, típica en alguno de sus elementos, pero especial en cuanto fórmulas de pago, duración, reparto de riesgos, cesión del contrato, subcontratación, resolviéndose estos aspectos al margen de lo previsto para el resto de contratos típicos. En estos casos, el contrato se califi-

cará como CPP y deberá identificar, de acuerdo, como ya vimos, con el artículo 120 el tipo contractual de adscripción, que determinará las normas aplicables a los efectos, cumplimiento y extinción del contrato.

## **IX. CONCLUSIONES**

La Ley de Contratos del Sector Público, para intentar dotar de mayor seguridad jurídica a las relaciones de colaboración entre el sector público y el sector privado que en los últimos años han proliferado en España y con la idea de dotar de mayor eficiencia a los grandes contratos, ha regulado como contrato público el de colaboración.

Del análisis que hemos efectuado sobre su regulación podemos concluir que el régimen resultante es confuso, pues el contrato se configura siempre por referencia a otro típico que además puede ser singularmente modificado en su régimen jurídico, escaso, pues en solo dos artículos dentro de un vasto cuerpo legal de más de trescientos se contiene el régimen jurídico aplicable a estos contratos, e incompleto, pues uno de los aspectos más importantes del contrato como es el de la estructuración de la financiación se aborda de forma transitoria, al mantenerse vigentes las disposiciones del Texto refundido de la LCAP relativas a la financiación de las concesiones hasta que se sustituyan por la nueva Ley prevista en la *disposición final décima de LCSP*, que regule las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación.

La LCSP introduce restricciones, que debemos valorar positivamente para evitar el abuso de esta figura contractual que presenta importantes incertidumbres, pues siempre dará cobijo a contratos complejos, con mayores costes financieros que los contratos tradicionales, en los que los operadores privados asumen riesgos y decisiones sobre los servicios que hasta ahora correspondían en exclusiva a la Administración y en los que se puede producir una concentración y un cambio de especialización de los licitadores.

# LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

JOSÉ BERMEJO VERA

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR.— III. EL FUNDAMENTO DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN EL DERECHO COMUNITARIO.— IV. LAS EXCLUSIONES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA COMISIÓN DE DELITOS.— V. PROHIBICIONES DE CONTRATAR POR CAUSA DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA.— VI. LA PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR DERIVADA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS.— VII. LAS PROHIBICIONES POR FALTA DE SOLVENCIA ECONÓMICA.— VIII. LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR QUE SE DEDUCEN DEL EVENTUAL CONFLICTO ENTRE LOS INTERESES PÚBLICOS Y LOS PRIVADOS.— IX. EPÍLOGO: LA AFECTACIÓN SUBJETIVA DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO.*

*RESUMEN:* En este artículo se ponen de relieve los fundamentos y características de las «prohibiciones de contratar», es decir los obstáculos, preestablecidos en la Ley, que hacen jurídicamente inviable la participación de ciertas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el sistema de la contratación pública. Además de los requisitos de capacidad, solvencia y habilidad de quienes aspiran a colaborar con los poderes públicos en la realización de sus fines, vinculados a la necesidad de asegurar la «limpieza» e igualdad de oportunidades en la contratación pública, las prohibiciones están previstas precisamente para impedir la manipulación de los intereses generales y los fracasos de las acciones públicas. Sin embargo, incomprensiblemente, los distintos tipos o causas de prohibición se aplican de forma desigual a los Entes que tienen la condición de Administración Pública y a otros entes del sector público. Si la única y objetiva finalidad de las prohibiciones de contratar es evitar que quienes hayan tenido unas determinadas conductas indignas, es decir, no lícitas, formen parte del sistema de contratación pública, no se entiende la razón por la que dichas prohibiciones no operan en todo el sector público.

*Palabras clave:* prohibiciones de contratar; contratos públicos; capacidad para contratar; igualdad de oportunidades; interés público.

*ABSTRACT:* This article highlights the grounds and elements of the so-called «prohibitions from procurement» i.o.w. the legal obstacles that hinder the engagement of certain parties (individuals and public or private corporations) in the public procurement system. As well as the requirements of capacity and reliability of tenderers, aimed at

*ensuring the fairness and equalness in the public procurement procedures, said prohibitions are specifically laid down to impede the manipulation of the public interest and the failures of the public performance in general. Nevertheless, incomprehensibly, the different prohibition clauses apply inequally to the public Administrations and to other public bodies. If the only and objective purpose of the «prohibitions from procurement» is to prevent certain unworthy or illicit conduct performers from taking part in the public procurement system, said prohibitions should apply to all public contracting authorities indistinctly.*

*Key words: prohibitions from procurement; public procurement; aptitude for contracting; equal opportunities; public interest.*

## I. INTRODUCCIÓN

Las Administraciones públicas y demás entes del sector público (1) desempeñan sus cometidos, al ejecutar los mandatos y encomiendas del Legislador, de múltiples formas. Pero, por razones que ahora no hace al caso citar, aunque muy vinculadas a la política económica, necesitan la colaboración del sector privado para llevar a cabo todo tipo de actividades materiales de construcción y reparación de obras públicas, adquirir equipamiento mobiliario, bienes o productos de muy diversa índole, realizar planes, programas e informaciones como soporte de su actuación ordinaria, y prestar servicios absolu-

---

(1) Las prohibiciones de contratar, como veremos, no afectan del mismo modo a las Administraciones Públicas y al resto de los entes del sector público. Por «sector público» debe entenderse un conjunto heterogéneo del que forman parte, obviamente y en primer lugar, todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado (aquí se incluyen las Entidades locales), como de las Comunidades Autónomas. A partir de la legislación presupuestaria se determinan todas las organizaciones y estructuras «de Derecho público», es decir, investidas de poder público real, como las entidades de naturaleza pública dependientes o vinculadas a las Administraciones Públicas, las sociedades mercantiles de propiedad pública (total o parcial, pero, en este caso, bajo el control real, en el plano de la administración, dirección o supervisión de Administraciones y demás entes públicos), los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado y las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social (véase en este sentido el art. 2 del Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, el art. 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en lo sucesivo), y, por supuesto, las leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado o de las Comunidades Autónomas. Vid. sobre esta cuestión, C. CHINCHILLA MARÍN: *La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas*, en la «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 79, año 2007, pp. 41-70; J.A. MORENO MOLINA-F. PLEITE GUADAMILLAS: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático», Ed. La Ley, Madrid, 2007, especialmente, pp.117 a 130; y, sobre todo, J. M<sup>º</sup>. GIMENO FELIÚ: *El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras*, en la «Revista de Administración Pública», núm. 176, año 2008, pp. 9 a 53.

tamente indispensables para la colectividad. En definitiva, necesitan la cooperación ajena para el cumplimiento de los objetivos propios.

Al objeto, pues, de cumplir los mandatos legales, las Administraciones y demás sujetos de naturaleza jurídico-pública requieren la colaboración de terceros —personas físicas o jurídicas (empresarios, contratistas, agentes económicos)— con quienes pacta, esto es, entra en relación jurídica de carácter «bilateral» para realizar aquellas actividades, de acuerdo con un régimen jurídico específico y singular que deriva del Ordenamiento civil contractual (2). Por supuesto, los contratos públicos no son sólo un medio de colaboración particular en el cumplimiento de las tareas públicas, sino que, a través de estas fórmulas contractuales, los organismos del sector público llevan a cabo una política de intervención en la vida económica y social, atendiendo a la importantísima cuantía del gasto público en este ámbito.

Como las Administraciones Públicas constriñen —o deben constreñir— su labor a la consecución de los intereses generales, en estas relaciones jurídicas bilaterales existe también un alto componente de prerrogativa o potestad pública. Estas especiales dosis de potestad se encuentran sobradamente justificadas, sobre todo, por la finalidad pública que late en el fondo de cualesquiera contratos realizados desde el poder público [es decir, también los órganos constitucionales y estatutarios distintos de las Administraciones (3)] y por el carácter de *potentior personae* del ente contratante. Pero, lógicamente, las prerrogativas están contrapesadas con los deberes de sometimiento a las condiciones de la propia legislación contractual y, por supuesto, con algunos principios y reglas del Ordenamiento jurídico privado (como la buena fe, por ejemplo). En parte, los demás entes del sector público obedecen a la misma lógica, lo que precisamente explica, por un lado, que algunas prerrogativas públicas alcancen a estas organizaciones diferenciadas, en sustancia y en estructura formal, de la Administración, y, por otro, que la legislación de contratos públicos distinga, en ciertos aspectos, los requisitos o condiciones aplicables. Este es, justamente, el caso de las «prohibiciones de contratar», como veremos más adelante.

---

(2) Son bien conocidos los pioneros trabajos al respecto, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y S. MARTÍN-RETORTILLO destacando el origen civilístico del contrato público, al tiempo que la especificidades de su régimen. Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La figura del contrato administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 41, año 1963, pp. 99 y ss.; y S. MARTÍN-RETORTILLO: *La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes*, en la misma Revista, núm. 29, año 1959; así como su excelente libro, «Sobre la génesis de Derecho administrativo y sus instituciones», Sevilla, 1960.

(3) De ahí que la Disposición adicional cuarta de la LCSP establezca que el Congreso, Senado, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo y todos los órganos «equivalentes» de las Comunidades Autónomas «ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas».

No es el momento ahora de identificar las prerrogativas contractuales de unos y otros entes públicos. Sin embargo, desde la perspectiva de las limitaciones a la contratación pública, y, sobre todo, de las más relevantes o efectivas que son las mencionadas prohibiciones, conviene advertir que la peculiar posición de los contratistas particulares obliga a extremar las medidas de previsión de perjuicios a la correcta realización de los objetivos públicos e incluso de eventuales deterioros de la imagen pública. Las prohibiciones de contratar, junto a las inflexibles exigencias de capacidad, solvencia y habilidad de quienes aspiran a colaborar con los poderes públicos en la realización de sus fines, están previstas precisamente para impedir la manipulación de los intereses generales y los fracasos de las acciones públicas.

## II. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR

Desde el punto de vista conceptual, las prohibiciones de contratar se identifican como los impedimentos, establecidos y previstos en las normas, que hacen jurídicamente inviable la participación de ciertas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el sistema de la contratación pública. Obviamente, existen otros obstáculos para el acceso al contrato público, como los referidos a los requisitos de capacidad y solvencia, o aquellos vinculados a la necesidad de asegurar la «limpieza» e igualdad de oportunidades en determinadas manifestaciones contractuales. Así, y además de los aludidos requisitos de capacidad y solvencia (4), sin la concurrencia de los cuales es legalmente imposible celebrar contratos públicos, las normas vedan directa y expresamente la contratación por determinados motivos tasados, ligados al comportamiento precedente de los aspirantes o a su situación personal actual (5).

En efecto, la imposibilidad legal de contratar con los poderes públicos, por falta de requisitos de capacidad y solvencia, se encuentra especialmente fortificada con la consecuencia de la sanción de nulidad. No es solamente que, en la vertiente positiva, la ley exija una «aptitud» concreta y, consiguientemente,

---

(4) Arts. 43 y ss. de la LCSP. Sobre la naturaleza y características de los requisitos exigidos en los mencionados preceptos, vid. J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público... cit.»; Vid., asimismo, el vol colectivo «Diccionario de Contratación» (Dir. J. BERMEJO VERA), Ed. Iustel, Madrid, 2008.

(5) Vid. H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO: «El contratista de la Administración Pública», Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000; y también, A. CEA AYALA: *Breves reflexiones acerca de las prohibiciones para contratar*, en la revista «Contratación administrativa práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas», núm. 67, año 2007, pp. 26 y ss.



temente, limite la posibilidad de contratar con el sector público a *«las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas»*, sino que, a mayor abundamiento, en los casos de vulneración de tal restricción, los contratos eventualmente celebrados son nulos de pleno derecho. Cuando concurre, en efecto, cualquier causa o circunstancia de prohibición de contratar, y con independencia de que sea o no declarada con carácter previo al contrato, éste será nulo de pleno derecho.

Ahora bien, en primer lugar, la nulidad radical o de pleno derecho por causa de las prohibiciones de contratar se produce solamente en los contratos de las Administraciones Públicas, sean públicos o privados —no, por tanto, en los contratos del resto del sector público— y en los sujetos a regulación armonizada. En segundo lugar, la causa de nulidad borra jurídicamente desde el origen del acto de adjudicación o del contrato celebrado cualquier efecto que se haya producido. Las irregularidades invalidantes que provocan la nulidad de pleno derecho pueden surgir y ser denunciadas en cualquier momento, e implican la desaparición de cualesquiera efectos que haya podido producir el acto o contrato nulo.

La nulidad, pues, deberá declararse en el momento en que se descubra la existencia de una causa de prohibición, lo que significará la desaparición jurídica de la eventual decisión de adjudicación del contrato o, si ya ha sido adjudicado, la extinción del contrato por resolución del mismo. y consiguiente liquidación. El órgano de contratación, sin embargo, como ocurre en toda declaración de nulidad, podrá acordar que el empresario continúe la ejecución del contrato, bajo las mismas cláusulas, por el tiempo indispensable para evitar perjuicios al interés público correspondiente (6). Por otra parte, en su

---

(6) Art. 32, en relación con el art. 43, de la LCSP. Esta declaración expresa de nulidad radical supone, en términos jurídicos, la desaparición de cualesquiera efectos del contrato celebrado (*ex tunc*, o sea, desde que se celebró y firmó), es decir, borra desde el origen del contrato cualquier efecto producido. Y, desde luego, los «vicios» o defectos que acarrearán la nulidad pueden ser denunciados en cualquier momento. Por esa razón, la LCSP establece que *«la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del 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»*. No obstante lo cual, y en garantía de protección de los intereses públicos, se deja abierta la puerta a la continuidad del contrato declarado nulo, en el caso de que se produzca *«un grave trastorno al servicio público»*, al menos *«hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio»* (art. 35. 3 LCSP). Sobre la eficacia de la nulidad de pleno derecho y sus diferencias con la declaración de anulabilidad, vid. las clásicas

dimensión negativa, los requisitos de admisión al sistema de contratos públicos se cierran a determinados sujetos incurso en situaciones especiales, por medio de estrictas «prohibiciones». A estas limitaciones específicas se refiere el presente trabajo.

Conviene señalar que, en uno y otro caso, nos encontramos ante auténticos obstáculos legales a la entrada en el sistema de contratación pública. Ahora bien, mientras que la falta de los requisitos o condiciones de admisibilidad al contrato (aptitud, diríamos, para contratar) puede subsanarse, simplemente con la adaptación a lo exigido, las mayor parte de las prohibiciones de contratar constituyen una barrera infranqueable para los incurso en ellas (imposibilidad, diríamos, de contratar) (7). Por lo demás, cualesquiera exigencias o condiciones legalmente previstas en cuanto a la capacidad para ser contratista pueden considerarse como impedimentos a la contratación, porque, lógicamente, quienes no demuestren estar «habilitados» para realizar un contrato público están «inhabilitados» o, dicho de otra forma, se les prohíbe la posibilidad de acceder a la condición de contratistas. Y, por supuesto, aquellos aspirantes que no puedan demostrar su solvencia técnica o económica, o no tengan la «clasificación» exigida (8), tampoco pueden

---

obras de T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ («La doctrina de los vicios de orden público», I.E.A.L., Madrid, 1970, especialmente, pp. 103 y ss.) y de J.A. SANTAMARÍA PASTOR («La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos», I.E.A., Madrid, 1972). Más reciente y, en parte, «revisor» de las tesis anteriores, vid. J. GARCÍA LUENGO: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Ed. Cívitas, Madrid, 2002, especialmente, pp. 245 y ss.

(7) Se entiende que, como se verá, las prohibiciones basadas en circunstancias y hechos producidos punibles con anterioridad al momento de la contratación carecen de la posibilidad de superación, al menos temporalmente, es decir, mientras no se haya extinguido la responsabilidad y los efectos del castigo (condenas penales y sanciones administrativas) o permanezca la situación que obstaculiza el acceso al contrato (incumplimientos tributarios u otros deberes semejantes, incompatibilidades).

(8) La «clasificación» es un instrumento jurídico para la demostración objetiva y automática de las situaciones de capacidad y aptitud de quienes aspiran a la condición de contratistas. Quienes aspiran a esa condición tienen la posibilidad de figurar incluidos en «listas» oficiales o, alternativamente, obtener certificados emitidos por organismos, públicos o privados, pero en todo caso autorizados por las normas de los Estados miembros de la Unión Europea. La inscripción en esos listados o la obtención de las certificaciones expedidas por dichos organismos tiene un valor presuntivo de la capacidad, solvencia y aptitud de los aspirantes a la licitación y celebración del contrato, de modo que, aunque se pueden exigir ciertas informaciones suplementarias o complementarias (sólo sobre cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social) con ocasión de la convocatoria de cada procedimiento de adjudicación contractual, no es jurídicamente posible cuestionar o dudar de la información que se deduce de la inscripción en las listas o de la obtención de los certificados. Vid. el excelente y preciso comentario de J. A. SANTÍAS VIADA: *La Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Clasificación de las empresas. El Registro Oficial de empresas clasificadas y el Registro público de contratos*, en el vol. colectivo (dirigido por R. GÓMEZ-FERRER): «Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2ª ed.,

concurrir a los procedimientos selectivos de los respectivos contratos. En el fondo, también esta restricción implica efectivamente una prohibición de contratar. No obstante, cuando aludimos a las prohibiciones de contratar estamos haciendo referencia a los obstáculos perfectamente tasados y tipificados como tales en la Ley (9).

Ha de advertirse, en primer lugar, que, salvo expresa y concreta constancia en las leyes, a nadie se le puede impedir que aspire a la condición de contratista público, esto es, que acceda al sistema de contratación pública. Una declaración de la prohibición de contratar con el sector público constituye la máxima sanción aplicable al empresario, porque implica su expulsión del mercado de la contratación pública mientras permanezca en vigor la prohibición. Cuando, por añadidura, la realización de contratos públicos es objetivo principal de la empresa u ocupa una parte importante de sus actividades, la aplicación de las prohibiciones de contratar podrá significar, de hecho, ya no solamente una reducción de ingresos indispensables para la continuidad de la empresa, sino su irremisible desaparición o extinción. Por ello, la regulación de este tipo de limitaciones a la contratación debe llevarse a cabo con exquisito y absoluto respeto de los principios constitucionales de libertad e igualdad, y con los oportunas fórmulas de ecuanimidad, transparencia y garantías (10).

En definitiva, la única y objetiva finalidad de las prohibiciones de contratar es evitar que quienes hayan tenido unas determinadas conductas indignas, es decir, no lícitas desde diversos puntos de vista (los responsables de actividades fraudulentas o delictivas, de fraudes a las subvenciones, de incumplimiento de la legislación fiscal o laboral, etc.), formen parte del sistema de contratación pública y, en concreto, accedan a la condición de contratista en relación con algún ente público. Pero, la finalidad esencial de las prohibiciones de contratar es asegurar la realización del contrato por sujetos intachables desde diversos puntos de vista, o sea «honorables» (11). Por ello, ade-

---

2004, pp. 199 y ss; específicamente, pp. 219 a 234; y también, A. RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE: *La clasificación de las empresas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, en la «Revista Noticias de la Unión Europea», núm. 136, año 1996.

(9) A mi juicio, en efecto, hay en este punto «reserva de Ley», obviamente, puesto que cualquier disposición reglamentaria o de otro nivel que prohibiera el acceso al sistema de contratación pública vulneraría el contenido, sobre todo, de los arts. 38 y 53 de la Constitución. Por eso, como veremos más tarde, alguna de las disposiciones relativas a las prohibiciones de contratar, deferidas a la norma reglamentaria, adolecen de la cobertura suficiente.

(10) Así, precisamente, comenzaba el Informe aportado por la patronal SEOPAN en el proceso de elaboración del proyecto de LCSP.

(11) La honorabilidad es un concepto difuso y confuso, que evoca, por lo común, una «moralidad profesional» (art. 45 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo) y que debe distinguirse de

más de los incursos en actividades ilícitas o no dignas, se trata es impedir que participen en la contratación pública personas, empresas o entidades en quienes concurren determinadas circunstancias o que permiten albergar dudas en la objetividad e imparcialidad de los órganos —sus titulares, quiere decirse— contratantes de la Administración (las relaciones familiares o de jerarquía laboral, conflictos de intereses públicos, etc.). Por supuesto, estas últimas prohibiciones están encaminadas a combatir cualquier posibilidad de corrupción, garantizando, tanto la honorabilidad de las personas que desean contratar con las Administraciones públicas y demás entes del sector público, como la imparcialidad del poder público contratante. Y, finalmente, hay que añadir otros objetivos no menos importantes, tales como impedir que adquieran la condición de contratistas quienes hayan defraudado a los sujetos públicos en el cumplimiento y ejecución de otros contratos precedentes o evitar cualesquiera prácticas colusorias de los eventuales contratistas, es decir, los comportamientos encaminados a la concertación o adopción de acuerdos que restrinjan, falseen o dificulten la competencia.

Pues bien, al constituir las prohibiciones de contratar una barrera impositiva muy importante en el acceso a los contratos del sector público, y habida cuenta de los principios de publicidad, transparencia y, sobre todo, igualdad o no discriminación vigentes en el sistema de contratación pública, deben tipificarse perfectamente, cuantitativa y cualitativamente, o, dicho de otro modo, han de encontrarse descritas con detalle en las leyes, sin perjuicio de su eventual reiteración en los anuncios del contrato o en los pliegos del clausulado contractual. Pero ello no significa que sean los anuncios o los pliegos contractuales el lugar idóneo para establecer ninguna prohibición de contratar que no se halle previa y expresamente tipificada en las leyes, aunque sí resulta perfectamente posible introducir en los pliegos contractuales determinadas condiciones especiales, cuyo incumplimiento, a su vez, constituya, ya no solamente causa de la resolución del contrato cuyos requisitos especiales se han

---

la buena conducta o la carencia de antecedentes penales, ambos requisitos frecuentemente exigidos para la obtención de permisos o autorizaciones administrativas, y también de los calificativos de «persona non grata», porque el honor no desmerece por la calificación de un Ayuntamiento en ese sentido (STC de 13 de noviembre de 1989). Sin embargo, y como detecté en su día el Tribunal Constitucional, si bien no puede admitirse el concepto abstracto de buena conducta con referencia a los comportamientos generales del individuo, sí es admisible como «noción concreta referida a conductas singulares jurídicamente debidas en razón del interés público protegido por la norma que impone dicho requisito» (Sentencia 114/1987, de 6 de julio; Fundamento jurídico cuarto). Vid. el comentario de L. MARTÍN-RETORTILLO: *Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades*, en la «Revista de Administración Pública», núm. 130, año 1993, pp. 23 y ss. Con referencia al concepto del «honor» desde la perspectiva de la acción administrativa, me remito al excelente trabajo de J.L. BERMEJO LATRE: *La Administración y el derecho al honor*, en «Revista de Administración Pública», núm. 175, año 2008, pp. 375 y ss.

incumplido, sino una infracción grave y determinante de prohibición de contratar en el futuro «con las Administraciones Públicas». Es preciso poner de relieve, en efecto, que, incomprensiblemente (12), los distintos tipos o causas de prohibición se aplican de forma desigual a los Entes que tienen la condición de Administración Pública (13), cuestión que no parece de recibo (14). También conviene destacar que las prohibiciones de contratar tienen la naturaleza de «disposiciones comunes», esto es, afectan a todos y cada uno de los contratos públicos y, en ciertos supuestos, a todas y cada una de las entidades del sector público obligadas a respetar los procedimientos de contratación, con independencia de sus tipologías, finalidades o cuantías.

### III. EL FUNDAMENTO DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR EN EL DERECHO COMUNITARIO

Como es bien sabido, el acervo comunitario en general y, obviamente, las normas europeas de contratación pública en particular, son absolutamente vinculantes para nuestro Derecho interno —y el de los demás Estados miembros, por supuesto—, lo que obliga a respetar el planteamiento del Derecho comunitario respecto de los principios y libertades sustanciales, así como los preceptos que se derivan de su desarrollo (15). De ahí que, en previsión de

---

(12) Como se verá luego, esta precisión es importante, puesto que las prohibiciones de contratar no afectan por igual en el conjunto del sector público. Concretamente, el incumplimiento de condiciones especiales de ejecución de un determinado tipo de contrato (normalmente referidas a consideraciones medioambientales o sociales), legalmente viables si han sido previstas en el anuncio de licitación, en los pliegos o cláusulas contractuales y son compatibles con el Derecho comunitario, puede suponer, además de la resolución del contrato (art. 206, g, de la LCSP), causa de prohibición de contratar. Adviértase, sin embargo, que esta prohibición, no automática desde luego, sólo sería aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas.

(13) Es sabido que el art. 3. 2 de la LCSP, por un lado, concreta los entes, organismos y entidades que, a los efectos de esta ley, «tendrán la consideración de Administraciones Públicas», y, por otro, excluye de esa condición a «las entidades públicas empresariales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales». Esta distinción, aparte de las merecidas críticas negativas recibidas, tal vez explica —que no justifica— las diferencias establecidas entre prohibiciones de contratación para el conjunto del sector público y prohibiciones que sólo afectan a las Administraciones Públicas.

(14) Y no le pareció de recibo, por ejemplo, a la Confederación Nacional de la Construcción, que, en su Informe aportado en el procedimiento de elaboración del Proyecto de LCSP señaló expresamente la presunta anomalía: «No se entiende la diferencia entre el apartado 1 y el apartado 2 de este artículo, pues en el primero se establece que «no pueden contratar con el sector público», mientras que en el segundo se establece que «son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas». (Véase, al respecto, nota 52 y el texto correspondiente).

(15) Vid., entre otros muchos, el vol. colectivo (Dir. L. Ortega): Derecho Comunitario Europeo, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007; R. ALONSO: «Sistema jurídico de la Unión Europea», Ed. Civitas,

los riesgos del «desacato» (16), constatemos, incluso con una notoria «exageración reproductora», la fidelidad con que se transponen a la legislación española preceptos de Derecho comunitario derivado. Una lógica preocupación, desde luego, por el cumplimiento adecuado de los compromisos adquiridos al incorporarnos e integrarnos en la UE. En este campo, «*la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia*» (17).

En el Ordenamiento comunitario se han establecido, desde una perspectiva positiva, determinados requisitos comunes y de obligatoria incorporación a la legislación de los Estados miembros, referidos exclusivamente a la capacidad de obrar, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica, con la finalidad de garantizar la igualdad de trato y no discriminación. Y, por otro lado, con la pretensión no menos legítima de asegurar la protección de los intereses públicos, desde la vertiente negativa se han diseñado impedimentos relativos a la honorabilidad de los aspirantes al contrato. En líneas gene-

---

Madrid, 2007; y G. ISAAC: «Manual de Derecho Comunitario General», Ed. Ariel, Barcelona, 5ª ed. (trad. española de la séptima edición francesa, Ed. Dalloz, París, 1999); y J. BERMEJO VERA: «Derecho Administrativo Básico», Ed. Aranzadi, 8ª ed., Navarra, 2008.

(16) Es frecuente que el no acatamiento (de desacato, podría hablarse convencionalmente) de los principios y las normas de Derecho originario o derivado conlleve la reprobación, con unos u otros efectos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sobre la eficacia y consecuencias de las decisiones del TJUE, vid., entre otros muchos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Las competencias y el funcionamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en el vol. colectivo «Tratado de Derecho Comunitario Europeo» (Dir. García de Enterría, González Campos y Muñoz Machado), Ed. Cívitas, Madrid, 1986, pp. 690 y ss. del vol II; J. GARCÍA LUENGO: «El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad», Ed. Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, especialmente pp. 23 y ss.; y la monografía de I. GIMÉNEZ SÁNCHEZ: «La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE», Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004. En relación con la específica jurisprudencia de los contratos públicos, vid. M. M<sup>ª</sup>. RAZQUIN: *La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública*, en la revista «Justicia Administrativa», núm. 6, año 2000, pp. 15 y ss.; y J. A. MORENO MOLINA: *La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos*, «Revista de Administración Pública», núm 151, año 2000, pp. 321-328. En el ámbito de la contratación pública, se han producido recientemente nuevas condenas a España por parte del TJUE, que han obligado a modificar constantemente el Ordenamiento contractual español (Sentencias, entre otras, de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, 13 de enero de 2005 y 3 de abril de 2008).

(17) Preámbulo de la Directiva 2004/18, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo.

rales, el Derecho comunitario en este ámbito debe ser siempre interpretado en el sentido de que un Estado miembro no puede exigir a un licitador establecido en otro Estado miembro condiciones distintas de las que sirvan para demostrar su solvencia financiera, honorabilidad y cualificación profesional. Pero, además de este tipo de condiciones y con muy similares objetivos, también se permite incluir en los Ordenamientos estatales unas estrictas prohibiciones para contratar con los entes públicos o, en la terminología comunitaria habitual, «poderes adjudicadores» (18).

Pues bien, las recientes Directivas comunitarias formulan unos determinados estándares homogeneizados, en la cuestión de las limitaciones de acceso a la contratación pública, en primer lugar, con la indisimulada finalidad de evitar que, por medio del establecimiento de impedimentos u obstáculos en cada Estado miembro, se vulneren los principios de no discriminación o transparencia y, de este modo, se quebrante gravemente el objetivo principal del mercado único en la contratación pública. Y, en segundo lugar, con el menos visible objetivo de proteger los intereses públicos en presencia.

De acuerdo con la mencionada Directiva 2004/18, ha de evitarse la adjudicación de contratos públicos a quienes hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables por corrupción, por fraude contra los intereses financieros de las distintas instituciones de la Unión Europea o por blanqueo de capitales (19). Para la aplicación de estas exclusiones, debe procederse con suma cautela, esto es, siempre y cuando el sujeto público contratante verifique que existe una sentencia firme sobre tales delitos con carácter de cosa juzgada.

Por otra parte, los Estados miembros tienen la posibilidad de añadir a estas prohibiciones principales otros supuestos ligados a la comisión de deli-

---

(18) El proceso de decantación y definición de los sujetos públicos contratantes obligados a aplicar la normativa comunitaria ha sido un auténtico caballo de batalla en la evolución del Derecho comunitario de la contratación pública. Me remito, para su análisis, a J. M. GIMENO FELIÚ: «El control de la contratación pública (Las normas comunitarias y su adaptación en España)», Ed. Civitas, Madrid, 1995, especialmente, pp. 120-136; del mismo autor: «Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación», Ed. Civitas, Madrid, 2003; y también, «La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española», Ed. Civitas, Madrid, 2005.

(19) Párrafo 43 del preámbulo. La interpretación del concepto de organización delictiva ha de hacerse de acuerdo con el art. 2, 1, de la Acción Común 98/773/JAI, del Consejo. La interpretación del concepto corrupción deriva exclusivamente del art. 3, 1, del Acto del Consejo de 26 de mayo de 1997. En cuanto al fraude, se debe interpretar de conformidad con el Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas (Diario Oficial de la Comunidad, de 27 de noviembre de 1995). Por último, el concepto de blanqueo de capitales deriva del art. 1 de la Directiva 91/308/CEE, del Consejo, modificada por la Directiva 2001/97/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001.

tos que afecten a la moralidad profesional, infracciones e irregularidades de carácter administrativo de la misma índole (20). Por ello, en los casos en que el respectivo Derecho nacional contenga disposiciones relativas al medio ambiente o a los acuerdos ilícitos en materia de contratos públicos, el incumplimiento demostrado de dicha normativa y que haya sido objeto de una sentencia firme o de una resolución de efectos equivalentes se podrá considerar un delito que afecta a la moralidad profesional o una falta grave del aspirante a contratista.

Asimismo, el Ordenamiento comunitario permite la exclusión del sistema de contratación pública —o lo que es igual, el establecimiento de prohibición de contratar— de aquellos que no hayan cumplido sus obligaciones tributarias, no estén al corriente en sus obligaciones relativas a la seguridad social, tanto en el Estado en que se hallen establecidos como en el Estado del poder adjudicador, o se les considere gravemente culpables de hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida en los pliegos contractuales o anuncios de los contratos o que no hayan proporcionado dicha información, hayan cometido una falta grave en materia profesional, se encuentren en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades, de intervención judicial o de concurso de acreedores, o en cualquier situación análoga a resultados de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las correspondientes normas legales y reglamentarias nacionales.

En todo caso, se exige la «firmeza» de las decisiones administrativas o judiciales que condenen penalmente o sancionen administrativamente. Los sujetos públicos contratantes están obligados a pedir, en su caso, a los candidatos aspirantes a la contratación los documentos pertinentes (21) y, cuando alberguen dudas sobre la situación personal de dichos aspirantes, pueden solicitar la cooperación de las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate. Todas estas prohibiciones u obstáculos a la contratación pública previstos o posibilitados en el Derecho comunitario tienen lógicamente su reflejo en nuestro Derecho contractual, además de otros específicamente relativos a normas internas sobre incompatibilidades.

---

(20) Art. 45 de la Directiva 2004/18. El concepto de «moralidad profesional» se refiere a los supuestos de atentados medioambientales, acuerdos ilícitos en materia de contratos públicos o vulneraciones del principio de igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores conforme a las Directivas 76/207, de 9 de febrero y 2000/78, de 27 de noviembre.

(21) Naturalmente, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo (art. 45.3), precisa que los certificados oficiales, expedidos por las autoridades competentes, son válidos. También pueden serlo las declaraciones juradas o solemnes formuladas ante autoridades, notarios u organismos profesionales, en los casos en que no exista en el Estado miembro una fórmula de certificación oficial.



#### IV. LAS EXCLUSIONES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA COMISIÓN DE DELITOS

De conformidad con el planteamiento del Ordenamiento comunitario, las prohibiciones de acceso a la contratación pública pueden derivar de la comisión de ciertos delitos o realización de actuaciones asimiladas, las que se producen como consecuencia de la comisión de infracciones de carácter administrativo o irregularidades cometidas en contratos precedentes, y las que resultan de situaciones de «patología económico-financiera». A estas exclusiones añade nuestro Ordenamiento, según se verá luego, otras prohibiciones motivadas por la especial relación con los poderes públicos del aspirante a contratista.

La primera y más relevante prohibición de contratar afecta a quienes hayan incurrido en conductas delictivas específicas relacionadas con la «moralidad profesional». Nuestra legislación concreta *in extenso* el sintagma de la moralidad profesional, especificando que no podrán contratar con los entes del sector público quienes hayan cometido delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, o quienes hayan sido condenados por cualquier delito que lleve aparejada la pena de inhabilitación especial (22) para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, así como los condenados por delitos relativos a la protección del medio ambiente.

Todas las prohibiciones de contratar establecidas por razón de delito alcanzan, en principio, a personas físicas. Son las personas físicas, en efecto, quienes pueden cometer delitos y ser por ello susceptibles de condena a cualquier pena prevista en las normas penales o, en concreto, a la de inhabilitación especial. Pero, como es bien sabido —y así lo reconoce sin ambages el Derecho comunitario (23)—, en la actualidad se halla firmemente asentada la posibili-

---

(22) La inhabilitación extiende sin duda el vínculo de la moralidad profesional, en el sentido aparentemente restrictivo del Ordenamiento comunitario (ver nota 16). Pero, obviamente, toda inhabilitación, como acto —administrativo o penal— por el que se establece una incapacidad temporal para realizar alguna actividad o profesión, lleva a la presunción (demostrada en el correspondiente proceso, claro está) de que el inhabilitado ha creado un riesgo o daño a los intereses generales y se considera no apto para incurrir en situaciones análogas. Vid., sobre esta figura, la completa descripción de L. MORELL OCAÑA: *Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas*, en el vol. colectivo (Dirigido por R. Gómez-Ferrer Morant, «Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», Ed. Thomson-Ciivitas, Madrid, 2ª ed., 2004, pp. 123 y ss., especialmente, pp. 138 y ss.

(23) Art. 45.1, *in fine*, de la Directiva 2004/18.

dad de que también las personas jurídicas puedan «delinquir», es decir, ser sujetos activos de determinados tipos delictivos (24) y, consiguientemente, ser condenadas penalmente, excepto a la pena de prisión. En la medida en que, por añadidura, determinados delitos especiales exigen en la autoría la presencia de ciertas características que únicamente concurren en la persona jurídica y no en las personas físicas que la integran, la prohibición de contratar se extiende asimismo a las personas jurídicas, con independencia de la culpabilidad de las personas físicas que la administran (25).

Pero, para que se impute a la persona jurídica una responsabilidad penal de las personas físicas condenadas es imprescindible que tal condena haya sido impuesta como consecuencia de la realización de actuaciones delictivas en nombre o a beneficio de dicha persona jurídica. Además, las personas físicas condenadas han de estar desempeñando su cargo de administrador o representante en el momento de la contratación, es decir, cuando se licita o se celebra el contrato.

Finalmente, las condenas por conductas delictivas han de ser en sentencia definitiva y firme, bien porque sea irrecurrible, o bien porque haya transcurrido el plazo de recurso si lo hubiera. El caso es que ya se haya puesto fin a la vía judicial, esto es, que los jueces hayan dicho su última palabra. En consecuencia, aunque haya una condena impuesta por un juez o tribunal del Poder judicial, si aún existe posibilidad de recurso, no se aplicará la prohibición de contratar (26). Por supuesto, los recursos interpuestos ante el Tri-

---

(24) Por ejemplo, fraude en el impuesto de sociedades, delitos medioambientales, etc.

(25) Sentencia del Tribunal Constitucional 253/1993, de 20 de julio (Fundamentos jurídicos 2 y 3).

(26) De ahí que se cometiera un grave error legislativo al aprobar la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995. Se recordará tal vez que el art. 20 de la citada Ley, en su primera versión, prohibía la contratación a los «procesados» por delitos e incluso a los expedientados por infracciones administrativas. No era, por cierto, nueva esa fórmula, pues en la reforma del art. 9 de la antigua Ley de Contratos del Estado de 1965, mediante la Ley de Presupuestos de 1990 (Ley 4/1990, de 29 de junio), ya se prohibía contratar con las Administraciones a los procesados o simplemente acusados. Hay que advertir que el Consejo de Estado, en su Dictamen 1270/1993, de 2 de diciembre, sobre el Proyecto de Ley de Contratos —luego convertido en Ley de 18 de mayo de 1995— no consideró incompatible con la Constitución (principio de la presunción de inocencia, del art. 24. 2 del texto constitucional) este precepto, si bien hizo algunas observaciones críticas. No obstante, muy poco después de aprobada la Ley de 18 de mayo de 1995, a finales de ese mismo año y con ocasión del debate de una Ley de medidas como consecuencia de la sequía, se incluyó una modificación del precepto en el sentido de rectificar el procesamiento o el expediente como causas de prohibición, sustituyéndolos por la condena o sanción en firme. S. MARTÍN-RETORTILLO analizó esta evidente incorrección jurídica en un trabajo específico: *La prohibición de contratar establecida en el artículo 20, a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, en la revista *La Ley*, núm. 3, año 1996.

bunal Constitucional u otros Tribunales internacionales, por ejemplo, no afectan a la operatividad de la prohibición de contratar.

A estos supuestos delictivos, hay que añadir algunas conductas reprobables, que, aun no constituyendo delito o que, aun pudiendo tener carácter delictivo, no es preciso que se enjuicien como delito, suponen objetivamente, es decir, con independencia de las intenciones de su autor, un comportamiento de efectos similares. En este supuesto se encuentran las personas que hayan cometido falsedad con ocasión de la licitación o pretensión de adjudicación de un contrato, e incluso cuando se producen determinados cambios de su situación en los registros contractuales.

Los aspirantes a la adjudicación de un contrato público, en efecto, deben inexcusablemente presentar, junto a sus ofertas o proposiciones, una «declaración responsable» en la que conste específicamente que no se hallan incurso en las prohibiciones para contratar, que están al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de la seguridad social, y, en su caso, aportando además datos relativos a su capacidad y solvencia. La declaración responsable incluye también la obligación de poner en conocimiento de los Registros de contratación —y, naturalmente, de los entes con los que se encuentre en relación contractual— la existencia sobrevinida de cualquier circunstancia que acarree una prohibición de contratar. La omisión de esta comunicación, mediando dolo, culpa o negligencia, se considera una falsedad asimilable a las conductas delictivas o que hacen perder la honorabilidad del contratista o aspirante a la adjudicación de contratos públicos. Además, por supuesto, el contratista o el aspirante a contratista, cuando tenga una «clasificación» concedida por las Administraciones Públicas, debe comunicar al órgano administrativo competente cualquier variación de las circunstancias que sirvieron para concederle dicha clasificación.

A quienes incurren en esas conductas reprobables se les niega también la honorabilidad y ello comporta la inhabilidad para contratar con el sector público (27).

Obviamente, el incuestionable carácter punitivo adicional que implica la prohibición de contratar (28) exige limitar sus efectos. Fundamentalmente, y como ocurre en el propio delito que sirve de soporte a la prohibición, el tiempo de operatividad de ésta ha de limitarse en función de la importancia y gra-

---

(27) Art. 49. 1, e, en relación con los arts. 130. 1, c, 59.4 y 305 de la LCSP

(28) En el Informe que presentó la Confederación Nacional de la Construcción en el procedimiento de elaboración de la LCSP se decía textualmente lo siguiente: «...También sería conveniente establecer clara y expresamente que las prohibiciones de contratar constituyen derecho sancionador, estableciendo el procedimiento específico y determinado para su declaración, tipificando claramente las conductas y la sanción que cada una de ellas conlleva».

vedad de la causa determinante, pues no existe en Derecho la «perpetuidad», ni sería oportuna y constitucionalmente admisible una prohibición de establecer lazos contractuales con todas las entidades del sector público, simplemente porque en cierta ocasión se cometió una infracción tipificada como delictiva. Y, por otra parte, puede suceder que alguno de los delitos que se consideran fuente de deshonor en una determinada época, dejen de serlo por los cambios de criterio del poder legislativo.

En cualquier caso, pues, han de establecerse límites. De ahí que la norma esboce métodos y procedimientos diferenciados —en una diferencia tipológica, pero no finalista— para, no solamente constatar y declarar las prohibiciones para contratar, sino también plazos de operatividad de las mismas (29).

La prohibición para contratar que deriva de la comisión de los delitos contemplados por la Ley contractual, ya sentenciados en firme y, por tanto, constatados y verificados por un juez o tribunal, se aprecia, es decir, se considera causa de exclusión del contrato, de forma directa y automática por los respectivos órganos de contratación. Obviamente, la comisión y constatación de esos delitos específicos conlleva la prohibición de contratar, aunque nada se diga en la sentencia correspondiente, pues así lo determina la legislación de contratos públicos (30). Pero la apreciación o estimación concreta de este impedimento contractual puede hacerse automáticamente por el órgano de contratación —y si no lo hace, cualquier otro licitador puede denunciar su existencia (31)— siempre que la sentencia se haya pronunciado sobre el

---

(29) En la Memoria del Anteproyecto de la LCSP ya se advertía sobre la necesidad de establecer un plazo máximo dentro del cual debe iniciarse el procedimiento de declaración de la concurrencia de la prohibición, en los casos en que ésta es presupuesto para su apreciación.

(30) El art. 49. 1 de la LCSP es contundente al respecto: «No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurran alguna de las circunstancias siguientes: a) haber sido condenadas por delitos de...», etc. Vid. L. MORELL OCAÑA. *Op. cit.*, p. 156.

(31) A tal efecto, puede considerarse muy positivo el establecimiento del recurso especial contemplado en el art. 37 de la LCSP. Por imposición de las normas comunitarias, el recurso especial permite reclamar contra los actos de trámite del procedimiento contractual, antecedentes a la adjudicación ante el órgano de contratación (o el Ministro, jefe del Departamento autonómico, del organismo contratante, etc., que ponga fin a la vía administrativa), en el plazo de diez días. Se atribuye siempre la competencia para la resolución del recurso a una autoridad administrativa, posibilitando así posteriormente el control de su decisión por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, la interposición del recurso paraliza o deja en suspenso el procedimiento hasta que se resuelva expresamente, previa audiencia de los demás interesados, dentro de los cinco días siguientes. Caso de transcurrir veinte días sin resolverse, se entiende desestimado y abierta la vía judicial. En todo caso, resulta más que dudosa la correcta transposición de las normas comunitarias, que exigen procedimientos rápidos y eficaces —y, de alguna manera, añadiríamos, dotados de cierta autonomía (Sentencias del TJUE, entre otras, de 28 de octubre de 1999, 15 de mayo de 2003 y 3 de abril de 2008). En el caso de Francia, existe un «référé précontractuel», de carácter jurisdiccional, para adoptar esas decisiones. Puede verse al

alcance y duración de la prohibición impuesta. En este caso, además, subsistirá la prohibición durante el plazo fijado en la sentencia. Ahora bien, cuando en la sentencia no exista pronunciamiento expreso sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar o, habiendo pronunciamiento expreso, no se haga mención del plazo concreto de duración de la misma, la prohibición también podrá apreciarse directamente por los órganos de contratación, pero su alcance y duración deberán determinarse mediante un procedimiento administrativo específico en el que se verifique, con todas las garantías procedimentales, la relevancia de la prohibición para determinar su alcance y duración. Este procedimiento de «declaración previa» sobre la concurrencia de la prohibición, su alcance y duración, se establecerá en las disposiciones de desarrollo de la Ley contractual, si bien se encuentra ya regulado en la actualidad (32). La competencia para iniciar el procedimiento de declaración de una prohibición, tramitarlo y resolverlo se atribuye, en supuestos de delito, al Ministerio de Economía y Hacienda, cuya resolución se dictará a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (33). Por otra parte, la eficacia de esta resolución determinante del alcance y duración de la prohibición se condiciona a la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (34). Es importante destacar que este procedimiento de declaración previa, caso de que sea necesario —o sea, cuando la sentencia condenatoria no establezca alcance y duración de la prohibi-

---

respecto Jérôme MOMAS: *Référé-suspension et contentieux précontractuel*, en la revista «Actualité Juridique», núm. 21, año 2004, pp. 1116 y ss.; y también, F. DIEU: *L'irrésistible extension des pouvoirs du juge des référés précontractuels*, en la misma revista, núm. 15, año 2007, pp. 782-788

Considerando la nueva Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, la LCSP no cumple en materia de plazos de resolución del recurso. No obstante, la posibilidad de solicitar la paralización del procedimiento contractual, junto a la de acudir a los órganos jurisdiccionales en caso de falta de respuesta en plazo o de rechazo de la solicitud, parecen en conjunto fórmulas satisfactorias en orden a impedir el falseamiento de una licitación adecuada y justa.

En contra del criterio de la transposición correcta de la normativa comunitaria en este ámbito, vid. las consideraciones de M<sup>º</sup>. LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ: *El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares*, en el vol. colectivo (dirigido por J.A. MORENO MOLINA), «La Ley de Contratos del sector Público y su aplicación por las Entidades locales», Ed. CEMCI, Granada, 2008, pp. 293 y ss.

(32) Arts. 19 y ss. del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en lo sucesivo, RGLC).

(33) Art. 50. 2 y 3 de la LCSP. Este precepto es de carácter básico, de acuerdo con lo previsto en la Disposición final séptima, 2, de la LCSP, lo cual entiendo que resulta coherente con la competencia estatal plena en materia penal (Art. 149. 1. 6º de la Constitución), aun no tratándose estrictamente de «legislación penal». De otro modo, cabría la posibilidad de que cualquier órgano de contratación no estatal pudiera «extender» la eficacia de una condena penal.

(34) Así se desprende, no solamente de la naturaleza de la prohibición, sino también de la competencia ministerial para declarar el alcance y duración de la prohibición y de su eficacia general (art. 50. 4, en relación con los arts. 301 y 303. 2 de la LCSP).

ción—, no podrá iniciarse una vez haya transcurrido el plazo de prescripción de la pena impuesta. Y, en cualquier caso, la duración de la prohibición no excederá de ocho años.

## **V. PROHIBICIONES DE CONTRATAR POR CAUSA DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA**

Al igual que ocurre con los hechos constitutivos de delito, la comisión de ciertas infracciones de carácter administrativo conlleva también la prohibición de contratar con todos los entes del sector público. En efecto, no podrán concurrir a las licitaciones ni celebrar contratos con cualesquiera entes del sector público las personas físicas o jurídicas que hayan sido sancionadas por la realización de hechos o actividades tipificadas como infracción administrativa grave en los ámbitos de acción pública relativos a disciplina de mercado, materia profesional o de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad. Tampoco podrán contratar quienes hayan sido sancionados por la comisión de infracciones calificadas como muy graves en la legislación laboral, de prevención de riesgos laborales o en materia de protección medioambiental (35). Son éstas, y no otras, las sanciones que impiden contratar con el sector público, aunque, obviamente en mi criterio, deben entenderse referidas a la legislación vigente reguladora y sustitutiva de las normas referentes a las materias mencionadas y que encajen dentro de los sectores establecidos (36).

---

(35) En este caso, la LCSP (art. 49. 1, c), utilizando una técnica normativa inadecuada, menciona específica y expresamente las normas promulgadas en materia medioambiental cuya infracción determina la causa de prohibición para contratar. Considero, sin embargo, que hubiera sido preferible, aun contando con los riesgos de la falta de tipificación que, tal vez, ello supone, unas referencias mucho más genéricas a los ámbitos o materias en que las infracciones graves o muy graves fuesen determinantes para la prohibición de contratar, como por ejemplo, sector de aguas, costas, patrimonio natural y biodiversidad, residuos, envases y residuos de envases, evaluación de impacto ambiental, contaminación del aire y atmósfera, ruido, protección de consumidores, etc. Hacerlo del modo que se ha hecho implica, por un lado, el peligro de la sustitución de normas o aparición de nuevas normas (eso ya ha ocurrido, por ejemplo, con las leyes de patrimonio natural y biodiversidad, o desarrollo rural, que son posteriores a la LCSP) cuya infracción debería ser causa también de prohibición. Por otra parte, se cercena la posibilidad de que también algunas sanciones impuestas por infracción de las leyes de las Comunidades Autónomas sean causa determinante de prohibición, salvo que así lo establezcan expresamente.

(36) Así, por ejemplo, puede entenderse que la infracción prevista en el art. 92. 1, c, de la Ley de Protección y Defensa de los Consumidores de Aragón (Ley 16/2006, de 28 de diciembre), o la del art. 95 de la Ley de Protección ambiental de Aragón (Ley 7/2006, de 22 de junio), conlleve, como sanción complementaria, la prohibición de contratar «con las Administraciones Públicas aragonesas».

En todo caso, las sanciones impuestas han de ser firmes, lo que significa que no basta ni la inculpación o acusación, ni la incoación y tramitación del correspondiente expediente sancionador, ni siquiera la imposición definitiva de la sanción. Es decir, que sea insusceptible de recurso alguno, tanto en vía administrativa como en vía judicial (37).

Por supuesto, y a diferencia de lo que sucede en los casos de prohibiciones derivadas de la comisión de delitos, las prohibiciones de contratar que se aplican a los sancionados administrativamente no son directamente apreciables por los órganos de contratación. La constatación de la prohibición de contratar requiere, en efecto, la previa declaración de su existencia mediante un procedimiento específico. El procedimiento para declarar la existencia de una prohibición derivada de sanción habrá de observar los trámites de la legislación administrativa general (38) y, en todo caso, deberá tener en cuenta si ha habido dolo o manifiesta mala fe del contratista a la hora de incurrir en causa determinante de prohibición, y, muy especialmente, la entidad de los daños y perjuicios causados a los intereses públicos por la conducta del contratista. Por otro lado, esta prohibición tiene siempre una duración limitada en el tiempo, con un máximo de cinco años.

El procedimiento de declaración, como se ha expuesto antes, tiene fecha de caducidad. En efecto, no podrá iniciarse procedimiento de declaración de prohibición si hubieran transcurrido más de tres años, computados a partir de la fecha de firmeza de las sanciones.

La competencia para la determinación de la duración y alcance de la prohibición de contratar en los supuestos de sanción administrativa, corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. También en este caso, como en el de las prohibiciones derivadas de delito, la prohibición tiene unos efectos *erga omnes*, es decir, impide la contratación con cualquier entidad u órgano del sector público. Para que esta eficacia general sea plenamente operativa, habrá de inscribirse la prohibición de contratar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda, estatal o autonómicos, es decir, según el tipo de sanción y la Administración que la haya impuesto (39).

---

(37) Este criterio, además de lógico, fue inmediatamente avalado por un Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 18 de abril de 2002 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar prevista en la letra d) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas..

(38) Arts. 68 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

(39) Art. 303. 2 de la LCSP.

## **VI. LA PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR DERIVADA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS**

Sin llegar a considerarse infracción generadora de sanción, hay circunstancias que impiden legalmente a los empresarios, personas físicas o jurídicas, celebrar contratos públicos. Se trata de determinadas transgresiones o incumplimientos de las normas que, por su específica vinculación a la solvencia moral, profesional y económico-financiera del aspirante a contratista, se han considerado causa suficiente de exclusión del sistema de contratación pública. No obstante, conviene advertir que, mientras las irregularidades en la relación con la Hacienda Pública y la Seguridad Social, así como las falsedades cometidas en cualquier declaración previa a la celebración de un contrato público o a su situación como contratista, se consideran suficientemente graves como para impedir la contratación con cualquier ente del sector público, otros incumplimientos o irregularidades están limitadas a la licitación o contratación con las Administraciones Públicas, no operando en el resto del sector público. No es fácil entender esta distinción, sobre todo cuando se contempla la relación concreta de estas prohibiciones.

Así, los incumplimientos de obligaciones tributarias o de Seguridad social determinan objetivamente la prohibición para contratar con cualesquiera entes del sector público. Exactamente lo mismo ocurre a quienes hayan incurrido en falsedad al efectuar la «declaración responsable» (40). De modo que quienes no se encuentran al corriente de los deberes fiscales o con la Seguridad social que imponen las leyes respectivas están incapacitados para contratar, simplemente por su incumplimiento, sin necesidad de que hayan incurrido en conductas sancionables o se les impongan sanciones por dicho incumplimiento, para lo cual los aspirantes a contratistas deben inexcusablemente presentar una declaración de su aptitud por esta causa y, en caso de resultar adjudicatarios del contrato, acreditarlo. En el mismo caso se encuentran los que falsifiquen documentación u oculten su verdadera situación empresarial en relación con el sistema de contratación pública.

Sin embargo, en lo que respecta a la operatividad de ambas prohibiciones, hemos de constatar algunas diferencias. En efecto, la exclusión de los

---

(40) Esta declaración responsable se refiere a la manifestación obligatoria que deben realizar los licitadores cuando presentan sus proposiciones en los procedimientos contractuales (abiertos, restringido, negociado o diálogo competitivo). La declaración implica, por una parte, el compromiso de veracidad, y, por otra, el anticipo de prueba exigible en todo caso para los licitadores a cuyo favor se realice la adjudicación del contrato (arts. 130. 1, c, y 62. 1 de la LCSP). Sobre los problemas que plantea el desarrollo de estas declaraciones responsables, vid. J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS: «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático», Ed. La Ley, Madrid, 2007, pp. 352-354.



aspirantes a contratistas que no han cumplido sus obligaciones tributarias y de Seguridad social se produce automáticamente, subsistiendo además mientras persista el incumplimiento. Por ello, los órganos de contratación, de oficio o a instancia de cualquier otro licitador, apreciarán directamente la prohibición una vez constaten que el futuro adjudicatario del contrato no se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus deberes fiscales o de seguridad social. Ahora bien, no todas las situaciones de irregularidad tributaria o de seguridad social son determinantes de la prohibición para contratar. Los incumplimientos están tasados, es decir, han de ser lo suficientemente relevantes en la estimación de la solvencia del aspirante a contratista, pues no es fácil entender que se obstaculice la contratación pública por simples irregularidades de los presuntos contratistas. Sólo cuando se produzcan las circunstancias que se concretan en las disposiciones de desarrollo de la legislación contractual (41) se impedirá, pues, la celebración del contrato.

En cuanto a las falsedades cometidas a la hora de documentar las propuestas por parte de los aspirantes a la licitación, así como las ocultaciones de datos relevantes para la demostración de solvencia de los contratistas, la prohibición para contratar deberá ser objeto de «declaración previa», siguiendo el procedimiento general. Pero, en primer lugar, la eficacia de esta prohibición está subordinada [o «condicionada», en términos de la ley (42)] a su inscripción o constancia en los correspondientes Registros oficiales. La competencia para dictar la resolución que declara esta prohibición corresponderá a la Administración o entidad «a la que se deba comunicar la correspondiente información». El silencio de la norma ante el supuesto de falsedades cometidas en el momento de realizar las «declaraciones responsables» hace pensar que será competente el órgano de contratación ante el que se hubieran presentado los datos falsos (43). Por lo demás, el procedimiento de declaración de la prohibición no podrá iniciarse transcurridos tres años contados «desde la fecha en que se hubieran facilitado los datos falsos o desde aquella en que hubiera debido comunicarse la correspondiente información» (44). En las relaciones contractuales e incompatibilidades por razón de dependencia de los poderes

---

(41) Los arts. 13 y 14 del RGLC precisan (a los efectos de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) las obligaciones tributarias y de seguridad social cuyo incumplimiento debe considerarse causa de prohibición para contratar. Entiendo que, salvo modificaciones terminológicas, estas «puntualizaciones» reglamentarias serán confirmadas en las disposiciones de desarrollo de la LCSP. Mientras, la disposición derogatoria única de la LCSP permite la aplicación del citado RGLC en todo lo que no se oponga a aquella.

(42) Art. 50. 4 de la LCSP).

(43) Lo aclara así, el art. 18. 2 del RGLC, aunque lógicamente por referencia a la derogada ley contractual.

(44) Art. 50. 2, párrafo segundo, letra b, de la LCSP.

públicos se constatan y declaran directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan. En todos los demás casos, es decir, en el supuesto de sanciones administrativas específicas e incumplimientos contractuales, la constatación de la prohibición de contratar requiere una previa declaración de su existencia mediante un procedimiento específico.

Por otra parte, hay otras irregularidades o incumplimientos normativos que sólo afectan a las Administraciones Públicas y, consiguientemente, no constituyen obstáculo para contratar con los demás entes del sector público que no tienen la condición de Administraciones Públicas (45).

En primer lugar, constituye causa de prohibición haber dado lugar a la resolución firme de un contrato celebrado con cualquier Administración Pública. Teniendo en cuenta que la resolución o extinción del contrato público se produce por causas tasadas (46), incurrirán en prohibición quienes, «por causa de la que hubieren sido declarados culpables» sean declarados insolventes o en concurso, los que no formalicen, una vez adjudicado, un contrato, quienes no cumplan los plazos del contrato en ejecución o de su iniciación en caso de urgencia o los que incumplan las condiciones esenciales calificadas como tales en los pliegos contractuales o las especiales establecidas en cada contrato. En cualquier caso, para que se aplique esta prohibición la resolución del contrato adoptada por la Administración Pública contratante debe ser firme, es decir, que contra la misma no cabe ya recurso alguno, administrativo o judicial. Por lo demás, en la decisión de extinción resolutoria del contrato debe figurar expresamente la declaración de culpabilidad del contratista.

En segundo lugar, la comisión de ciertas infracciones muy graves o graves a la legislación tributaria o a la de subvenciones puede suponer una prohibición de contratar (47). En este supuesto se encuentran afectadas por la prohibición las personas físicas o jurídicas a las que se les imponga una sanción administrativa económica, por incumplimiento de deberes tributarios o de obligaciones derivadas del otorgamiento de subvenciones, que lleven aparejada la sanción accesoria de la prohibición de contratar. En efecto, tanto la legislación general tributaria como la general de subvenciones han previsto, como sanción accesoria posible, la de prohibición de contratar con la «Administración u otros

---

(45) Me remito a lo expuesto en la nota 1.

(46) Concretamente, son causas de resolución de los contratos públicos las previstas en el art. 206 de la LCSP.

(47) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, respectivamente. Entendemos esta causa de prohibición como posible, siempre y cuando la sanción impuesta por la comisión de infracciones tributarias o de la legislación de subvenciones lleve aparejada la declaración expresa de prohibición para contratar.

entes públicos» en determinados casos de infracción grave o muy grave. En concreto, de acuerdo con la Ley General Tributaria, además de la multa pecuniaria por infracción grave o muy grave y por importe superior a 30.000 euros, podrá imponerse, además, una sanción accesoria de prohibición de contratar «con la Administración Pública que hubiera impuesto la sanción» durante un plazo de uno o dos años, según se trate de infracción grave o muy grave. En el caso de multas pecuniarias superiores a 60.000 euros, la sanción accesoria de prohibición para contratar puede llegar a los cinco años, según la cuantía de la multa, es decir, hasta tres años, si la multa es igual o superior a 60.000 euros, hasta cuatro años, si la cuantía supera los 150.000 euros, y hasta cinco años, si la multa supera los 300.000 euros. Pero, en todo caso, la imposición de este castigo adicional se condiciona a la circunstancia de que el órgano sancionador «hubiera utilizado el criterio de graduación de la comisión repetida de infracciones tributarias» para imponer la sanción (48).

Por otra parte, las infracciones graves o muy graves tipificadas en la legislación de subvenciones, además de la eventual pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones públicas, pueden conllevar la imposición de una sanción accesoria a la multa pecuniaria, consistente en «prohibición de contratar con las Administraciones Públicas» (49). Si se trata de infracciones graves, la Administración sancionadora puede imponer una sanción accesoria de prohibición de contratar por un periodo de hasta tres años, y si se trata de infracciones muy graves, hasta cinco años, siempre en función de la gravedad de los hechos sancionados. Estas prohibiciones se refieren a la contratación con la «Administración u otros entes públicos» (50) y pueden aplicarse

---

(48) Art. 186 de la citada Ley General Tributaria. En mi criterio, esto significa que la prohibición de contratar derivada de estas infracciones depende de la reiteración probada de las mismas, de modo que la «moralidad profesional» del aspirante a contratista quede sensiblemente afectada por sus comportamientos defraudatorios. En cualquier caso, no sería de aplicación la doctrina constitucional del «*ne bis in idem*», porque esta previsión legal no implica la imposición de un doble castigo existiendo identidad de hechos, personas y fundamentos, y porque los intereses protegidos son diferentes (Vid., al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005, de 7 de julio, sobre la inconstitucionalidad del art. 27. 3, j, de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

(49) Art. 59 de la Ley. Es evidente que la referencia a «las Administraciones Públicas» introduce elementos de confusión cuando se analiza el concepto de Administración Pública desde diversas perspectivas. En mi opinión, habida cuenta del carácter básico de la Ley General de Subvenciones en este —y otros muchos— aspectos (Disposición final primera de la Ley), parece claro que esta prohibición de contratar debe tener un alcance superior al del restrictivo art. 3. 2 de la LCSP (véase nota 1) y, muy especialmente, habría de ser interpretado en contra de la incomprensible e inaceptable diferenciación que establece el art. 49 de la LCSP.

(50) Arts. 62 y 63 de la Ley General de Subvenciones. Estos preceptos, a diferencia del art. 59, no tienen naturaleza básica. Tampoco es básico, por cierto, el art. 49. 2, c, de la LCSP, según la Disposición final séptima de la misma.

como sanción complementaria o accesoria siempre que el perjuicio causado a la Administración subvencionadora exceda de 30.000 euros y, además, el infractor haya opuesto resistencia, se haya negado o haya obstruido el control, o bien haya utilizado medios fraudulentos en la comisión de las infracciones principales.

Debe advertirse que estos planteamientos, junto a los que ofrece la legislación contractual en este ámbito, no dejan de provocar ciertas confusiones. En efecto, si se analiza la distinción que se establece en la LCSP entre las prohibiciones de contratar, hemos de concluir que, aparte de su inaceptable e incomprensible diseño, la «taxatividad» que exige una interpretación razonable del principio de legalidad (51) puede quedar en entredicho. De todos modos, y si pensamos en que otra cosa pretendía el Legislador, creo que al menos de esta causa de prohibición no se escapan los entes del sector público que no tienen la condición de Administraciones Públicas a los efectos de la legislación contractual. En mi criterio el significado y los contenidos de todas las prohibiciones del art. 49. 2 de la LCSP aconsejarían su extensión a todo el sector público. Es más, resulta totalmente inaceptable que el apartado c, del art. 49. 2 se haya considerado como «no básico» (Disposición final séptima de la LCSP), pese a la importancia de la «inmoralidad profesional» (por utilizar terminología comunitaria) que conlleva la imposición de sanciones por fraude tributario o subvencional (52). Podríamos decir, parafraseando al Tribunal Constitucional, que «el problema que pretende expulsarse por la puerta, penetra otra vez por la ventana» (53).

También constituye causa de exclusión o impedimento para contratar el hecho de haber retirado indebidamente una proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o el de haber imposibilitado la adjudicación definitiva de un contrato a su favor precisamente por no presentar la documentación justificativa de su aptitud para contratar después de que se le haya adjudicado provisionalmente el contrato (54).

---

(51) Vid., entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 229/2007, de 5 de noviembre.

(52) Pese a que el apartado c, del art. 49. 2 de la LCSP no se considera «básico», lo cierto es que se incurre en una grave contradicción, ya que tanto la Ley General Tributaria, como la Ley General de Subvenciones (al margen de que ésta se haya impugnado ante el Tribunal Constitucional), en lo referente a este tipo de sanciones, son básicas.

(53) La frase se encuentra en el voto particular del Magistrado RODRÍGUEZ BEREJO (al que se adhirieron los Magistrados GABALDÓN y CRUZ VILLALÓN) a la Sentencia 89/1994, de 17 de marzo, a propósito de la prórroga forzosa que estableció la Ley de arrendamientos urbanos de 24 de diciembre de 1964..

(54) Art. 49. 2, d, en relación con el art. 135. 4 de la LCSP.

Ambas circunstancias se identifican como irregularidades que producen la impresión de falta de seriedad profesional de quien incurre en dichas situaciones, mediando una presunción legal en tal sentido. Ahora bien, para que la retirada indebida de la proposición u oferta llegue a ser considerada como causa de prohibición de contratar, es necesario que tal retirada se produzca al margen de los cauces o trámites que lo permiten. En mi opinión, desde la perspectiva del concepto de irregularidades en que encaja esta prohibición, podría considerarse indebida la retirada de la oferta o proposición cuando, finalizado el periodo de admisión de propuestas en una licitación, han dado comienzo los trámites de adjudicación. Asimismo, debe juzgarse como retirada indebida el supuesto en que, realizada ya la clasificación de las ofertas o proposiciones, el adjudicatario provisional retira su proposición sin motivo alguno. Por añadidura, el adjudicatario provisional de un contrato debe presentar, dentro de plazo (55), los documentos acreditativos de su aptitud para celebrar el contrato y asimismo constituir la garantía definitiva. Por ello, si no lo hace como exige la ley y, por tanto, no puede celebrarse el contrato, se incurre en causa de prohibición, siempre que haya dolo, culpa o negligencia por parte del adjudicatario provisional. Para que sean operativas y eficaces, estas prohibiciones han de inscribirse en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda, de acuerdo con el ámbito funcional de la Administración contratante, y subsistirán, en todo caso, durante un plazo de dos años desde la inscripción.

Otra irregularidad determinante de causa de prohibición es la vinculada a las condiciones especiales de ejecución de un contrato (56), siempre que, obviamente, dichas condiciones sean compatibles con el Derecho comunitario, estén indicadas en el correspondiente anuncio del contrato y se encuentren definidas en los pliegos contractuales como infracción grave. En este caso, el incumplimiento de estas condiciones, mediando dolo, culpa o negligencia en el contratista, determinará la prohibición de contratar en futuros contratos con las Administraciones Públicas, aunque no con otros entes del sector público.

Finalmente, y puesto que se considera también una irregularidad en el cumplimiento de las normas, constituye causa de prohibición para contratar haber infringido una prohibición para contratar con cualquiera de las Admi-

---

(55) Art. 135. 4 de la LCSP.

(56) De conformidad con lo dispuesto en el art. 102 de la LCSP, los órganos de contratación pueden establecer condiciones especiales de ejecución de un contrato, tales como las relacionadas con cuestiones medioambientales, consideraciones de tipo social para promover el empleo de personas con dificultades, eliminar desigualdades entre el hombre y la mujer, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo y estrategias similares, o cumplimiento de normas internacionales.

nistraciones públicas (57). Esta previsión parece un tanto redundante o superflua, o, dicho de otra manera, podría considerarse como una «prueba diabólica». Pero, obviamente, desempeña un papel complementario o residual, en la medida en que, no solamente le corresponde al aspirante a contratista demostrar y probar mediante documento acreditativo, judicial o administrativo, que no incurre en causa de prohibición, sino que en muchas ocasiones, cuando tal documentación no pueda ser expedido por autoridad competente, será el propio contratista el que efectúe una «declaración responsable» en ese sentido (58).

Las prohibiciones de contratar que derivan de este tipo de irregularidades se constatan y declaran mediante el procedimiento específico al que se ha hecho ya referencia más arriba. Insistimos en que habrá de tenerse muy en cuenta si ha existido dolo o manifiesta mala fe del contratista a la hora de incurrir en estas causas determinantes de prohibición para contratar y, muy especialmente, la entidad de los daños y perjuicios causados a los intereses públicos por la conducta del contratista. El procedimiento de declaración no podrá iniciarse si han transcurrido más de tres meses desde el momento de la retirada indebida de proposiciones o candidaturas; o desde la fecha en que hubiese debido procederse a la adjudicación definitiva. Por otro lado, estas prohibiciones tienen siempre una duración limitada en el tiempo (59), computado desde su inscripción en el correspondiente Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. La declaración de la existencia de este tipo de prohibición ha de llevarse a cabo por la Administración Pública contratante en la que se produjeron las circunstancias determinantes de la misma (60). No queda claro si también estos «motivos» (o sea, la retirada indebida de la proposición o la imposibilidad de celebración del contrato) se producen respecto de los contratos del resto del sector público. Una interpretación «razonable» llevaría a la conclusión de que, puesto que sólo conciernen a las Administraciones Públicas, sólo en los contratos que ellas celebren cabe considerar estas irregularidades como determinantes de prohibición de contratar. En mi criterio, no obs-

---

(57) Art. 49. 2, e, de la LCSP.

(58) Art. 62 de la LCSP. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que no todas las prohibiciones de contratar llegan a los Registros oficiales (art. 303 de la LCSP) y, asimismo, que al sistema de contratación pública pueden acceder contratistas de otros Estados de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, en los que no esté prevista la posibilidad de esta «prueba» acreditativa oficial.

(59) La prohibición derivada de la retirada indebida de la proposición subsiste durante dos años; la derivada del incumplimiento de las condiciones de ejecución del contrato no podrá exceder de un año (art. 50. 2 de la LCSP).

(60) El procedimiento se tramitará, por ahora y a la espera del desarrollo reglamentario de la LCSP, de conformidad con los arts. 19 y ss. del RGLC.

tante, ateniéndonos a la letra de la norma, puede interpretarse que tales irregularidades, mediando dolo o culpa y con daño a los intereses públicos, afectan negativamente al aspirante a contratista y, por tanto, si bien solamente despliegan su eficacia para los contratos de las Administraciones Públicas, constituyen causa de prohibición cualquiera que sea el ente del sector público en cuyos contratos tengan lugar. Abona esta conclusión la circunstancia de que estas prohibiciones afectarán «a la contratación con la Administración o entidad del sector público competente para su declaración», lo que significa que, no solamente pueden los entes del sector público (que no tengan la condición de Administraciones Públicas) declarar la existencia de estas causas, sino que, por añadidura «les afectarán» (61). Ahora bien, cuando el daño eventualmente causado a los intereses públicos sea importante, el Ministro de Economía y Hacienda podrá extender sus efectos a la contratación con cualquier órgano, ente, organismo o entidad del sector público, siempre que se haya comunicado previamente a estos entes la existencia de la prohibición y su declaración y se haya dado audiencia al empresario afectado.

## VII. LAS PROHIBICIONES POR FALTA DE SOLVENCIA ECONÓMICA

Las situaciones de insolvencia o, dicho de otro modo, de dificultades económico-financieras de los aspirantes a contratistas pueden considerarse, en determinados supuestos, como causa de prohibición de contratar. En consecuencia, a quienes incurrir en tales situaciones se les impide la posibilidad de concurrir a las licitaciones y, por supuesto, la celebración de contratos con cualesquiera entes del sector público.

En los supuestos de insolvencia determinante de prohibición para contratar incurrir quienes voluntariamente soliciten una declaración de «concurso», o bien sean declarados en concurso, estén sujetos a intervención judicial o hayan sido inhabilitados como consecuencia de la resolución del concurso.

---

(61) Art. 50. 3, segundo párrafo, de la LCSP. Semejante disposición pone en entredicho, por cierto, la limitación genérica que establece el art. 49. 2 de la LCSP que parece reducir a «las Administraciones Públicas», y no a otros entes del sector público, la aplicación de las prohibiciones que contiene. En mi criterio, ya anticipado en este mismo comentario, el significado y los contenidos de las prohibiciones del art. 49. 2 de la LCSP aconsejaría su extensión a todo el sector público. Es más, resulta totalmente inaceptable que el apartado c, del art. 49. 2 se haya considerado como «no básico» (Disposición final séptima de la LCSP), pese a la importancia de la «inmoralidad profesional» (por utilizar terminología comunitaria) que conlleva la imposición de sanciones por fraude tributario o subvencional. Tal vez sea explicable esta disposición desde la perspectiva del carácter —estatal— de la Ley General Tributaria y de la Ley General de Subvenciones, pero, como ya expuse (vid. nota 52 y el texto correspondiente), ambas leyes estatales son básicas y de aplicación plena en lo referente al ámbito sancionador.

Esta prohibición se vincula al presupuesto objetivo del concurso. El elemento identificador de la insolvencia y, por tanto, del concurso, se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Se trata, sin embargo, de un concepto unitario y, a la vez, flexible porque puede ser necesario o voluntario, esto es, que puede solicitarlo el presunto insolvente o quienes se encuentren legitimados como acreedores del deudor, y, tratándose de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas. La declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre sus facultades patrimoniales, ni durante la tramitación del concurso se suprimen los órganos de la persona jurídica deudora. En todo caso, los concursos, voluntarios o necesarios, han de basarse en alguno de los supuestos previstos en la ley (62), como presuntas causas reveladoras de la insolvencia. Además de los efectos civiles o mercantiles que produce la declaración de concurso respecto del deudor, que carecen del carácter represivo de la insolvencia, lo cierto es que por el mero hecho de solicitar el concurso, e igualmente, claro está, si se le declara en la situación de concurso, opera automáticamente la prohibición de contratar. Por supuesto, y con mayor razón, si hay una declaración judicial de «intervención» de la administración o gestión —suspensión de la misma o sustitución por administradores o gestores distintos—, o si se encuentran motivos de culpabilidad en la insolvencia y se impone la «inhabilitación» como sanción de carácter temporal a las personas afectadas, no hay posibilidad de contratar. Obviamente, si el aspirante a la licitación o adjudicación del contrato está inhabilitado judicialmente para la gestión de su patrimonio, o si la empresa se halla bajo intervención judicial, no se pueden confiar los intereses públicos que subyacen en la contratación a quienes se encuentran en tales situaciones y mientras se encuentren en ellas.

### **VIII. LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR QUE SE DEDUCEN DEL EVENTUAL CONFLICTO ENTRE LOS INTERESES PÚBLICOS Y LOS PRIVADOS**

Al margen de las disposiciones del Ordenamiento comunitario —lo que no implica que lo contradigan—, hay otras prohibiciones para contratar con el sector público que tienen su razón de ser en las especiales relaciones de los aspirantes a contratistas con los poderes públicos. Consiguientemente, este tipo de prohibiciones son eficaces exclusivamente para quienes, españoles

---

(62) Ley Concursal, de 9 de julio de 2003.



—o incluso ciudadanos comunitarios (63)—, desempeñen ciertos cargos o funciones públicas. Esta prohibición afecta, en principio, a las personas físicas que se encuentren vinculadas a cualquier poder público, sea por motivos políticos o por relaciones jurídicas, es decir, sean derivadas de un cargo o función política o administrativa. En estos casos, opera la prohibición sencillamente porque se produce una presunta incompatibilidad, legalmente declarada —y, por tanto, que carece de posibilidad de demostración en contrario—, entre los intereses personales de los que ocupan ciertos cargos o desempeñan ciertas funciones públicas y el interés general predominante y objetivo del sistema de la contratación pública.

En suma, esta prohibición tiene por finalidad, ya no solamente garantizar del mejor modo posible el principio de transparencia, sino también, y fundamentalmente, despejar cualquier sospecha acerca de la rectitud y moralidad de las personas que dirigen, participan o intervienen en las actividades de los entes del sector público (64). El Ordenamiento español, por lo demás, refuerza el control sobre los intereses patrimoniales que pueda tener un alto cargo, su cónyuge o persona que conviva con él en análoga relación de afectividad así como de determinados miembros de su unidad familiar, e incluso las empresas en que participen hasta un diez por ciento o sean subcontratistas de éstas o perciban subvenciones, prohibiéndoles la contratación con el sector público estatal, autonómico o local.

Pero la incompatibilidad, y por ello la prohibición, se extiende asimismo a las personas jurídicas cuyos administradores incurren en la situación de relación o vinculación respecto de determinados poderes públicos, como consecuencia del desempeño de los cargos electivos de Diputados de los Parlamentos y Senadores, Diputados del Parlamento Europeo y miembros de las Entidades locales (65). Asimismo, la prohibición afecta a las personas jurídi-

---

(63) Es bien sabido que la libertad de circulación de trabajadores, pilar básico de la Unión Europea, permite la incorporación de ciudadanos de los Estados miembros de la UE a determinadas funciones de las Administraciones Públicas españolas. El propio Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (art. 57. 1 y 2), consagra el derecho de los nacionales de otros Estados de la UE a los empleos públicos, incluyendo a los ciudadanos de Estados con los que la UE haya celebrado Tratados internacionales, «con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas».

(64) Sobre esta cuestión, me remito a J. BERMEJO VERA: *Imparzialità vs. Indirizzio político: le variabili del rapporto tra politica e Amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, en la revista «Diritto Amministrativo», año XV, fascículo 1, 2007, pp. 15 y ss; y en el vol. colectivo (dir. M. PILADE CHITI y Ricardo URSI), «La Dirigenza pubblica: analisi e prospettive», Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 67 y ss.

(65) Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado. En el mismo

cas en cuyo capital participen —sólo cuando se superan determinadas cuantías (66)— los miembros de los Gobiernos y demás altos cargos, los empleados públicos y cualesquiera cargos electivos al servicio de las Administraciones Públicas.

La imposibilidad de contratar con el sector público, legalmente presunta, pero incuestionable, también se produce y acarrea la prohibición de contratar para todo el personal de cualesquiera Administraciones Públicas (67) y para las personas jurídicas de que sean administradores, si, en este caso, la contratación se celebra con el ente público del que dependen (68). En los demás casos, el mero hecho de desempeñar la función pública no inhabilita para contratar.

Por lo que se refiere a los representantes políticos, cualesquiera cargos electivos están afectados por la prohibición, extendiéndose la misma a las personas jurídicas de la que sean administradores (69).

Las características «personalistas» de este tipo de prohibición explican y justifican su extensión a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de los miembros de órganos legislativos o gubernamentales y demás altos cargos, empleados públicos y cargos electivos al servicio de la Administración, siempre que, respecto de los descendientes, dichas personas inhabilitadas ostenten su representación legal.

Por último, y como consecuencia de las nuevas exigencias y cautelas que garanticen o, al menos, no pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia de los miembros del gobierno y demás altos cargos, así como el reforzamiento de la imagen que los mismo, deben ofrecer ante los ciudadanos en cuanto servidores públicos, la prohibición de contratar con el sector público impide que las mencionadas personas físicas y las empresas o sociedades en las que participan por encima del diez por ciento puedan celebrar contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con el sector público, hasta que hayan transcurrido al menos dos años desde que se pro-

---

sentido, las leyes homólogas de las Comunidades Autónomas. Vid., sobre este tema, R. JIMÉNEZ ASENSIO: «Altos cargos y directivos públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España», Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2ª ed., 1998; y, del mismo autor, «Directivos públicos», Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2006.

(66) En general, un diez por ciento. Arts. 6 y concordantes de la citada Ley 5/2006, de 10 de abril.

(67) Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

(68) Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 16/02, de 13 de junio de 2002.

(69) Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

dujo su cese en el cargo público. Pero, además, existe un control adicional para garantizar la honorabilidad, imparcialidad y objetividad de estas personas, en el desempeño de actividades privadas cuando cesan en sus cargos. Por ello, las empresas privadas relacionadas directamente con el cargo desempeñado que le contraten en el plazo de dos años después del cese, incurrir en la prohibición de contratar con el sector público durante el tiempo en el que se mantenga la limitación para el alto cargo, siempre que se publique en el Boletín Oficial del Estado la declaración del incumplimiento (70).

## **IX. EPILOGO: LA AFECTACIÓN SUBJETIVA DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO**

Desde la perspectiva de los aspirantes a contratistas, tanto las personas físicas, como también las personas jurídicas, pueden estar afectados por las distintas prohibiciones. Para que las prohibiciones de contratar afecten a las personas jurídicas, han de existir algunas vinculaciones jurídicamente relevante entre las personas físicas que incurrir en conductas definidas como impedimento y la persona jurídica, tales como la condición de cargo representativo o de administración. Por otra parte, no es estrictamente una prohibición de contratar, aunque produce el mismo efecto, la exigencia de que las personas jurídicas sólo pueden aspirar a la condición de adjudicatarios de los contratos cuando sus fines, objeto o ámbito de actividad, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, abarquen las prestaciones del correspondiente contrato.

Por su naturaleza y finalidad, todas las prohibiciones para contratar se trasladan o afectan a aquellas empresas y sociedades que aspiren a la adjudicación de contratos y se presume la continuidad estructural o de objeto social. Se trata de impedir que haya algún tipo de fórmula jurídica, ya sea la de transformación, fusión o sucesión de empresas, mediante la que los afectados por una prohibición de contratar puedan soslayar la prohibición. Eso sucede, cuando, por razón de las personas que rigen las empresas u otras circunstancias, pueda suponerse que las nuevas empresas constituidas son continuación o derivan de otras empresas en las que hubiesen concurrido prohibiciones para contratar.

Los requisitos de capacidad y las prohibiciones anteriores son exigibles en los supuestos de «Uniones de empresarios» (UTEs). Las Administraciones y demás entes del sector público pueden, en efecto, celebrar sus contratos con

---

(70) Art. 49. 1, f y g de la LCSP. Vid. I. GALLEGO CÓRCOLES: *Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades (I)*, en la revista «Contratación administrativa práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas», núm. 40, año 2005, pp. 52 y ss.

estas agrupaciones de empresarios que se constituyen expresa y temporalmente para aspirar a la adjudicación y realización de un contrato determinado y cuya constitución deberá ser formalizada en escritura pública, una vez adjudicado definitivamente el contrato, asumiendo los empresarios unidos una responsabilidad solidaria. Esta habilitación resulta interesante, especialmente, para las pequeñas y medianas empresas que así pueden competir frente a licitadores de mayor capacidad empresarial. Pero, en este caso de unión temporal, todas las empresas o personas que constituyen la UTE deben estar «clasificadas» en el Registro de Licitadores o acreditar la capacidad y solvencia si se trata de empresas no españolas, siempre que fuera necesario cumplir este requisito por el tipo de contrato a celebrar. También las propias UTEs podrán estar clasificadas, mediante la acumulación de las características de cada uno de los que integran la unión temporal.

Por último, conviene advertir que en la cesión de los contratos, figura que permite trasladar los derechos y obligaciones del adjudicatario a un tercero (excepto cuando las cualidades técnicas o personales del contratista hayan sido razón determinante de la adjudicación), operan las prohibiciones para contratar, de modo que el cesionario no debe estar incurso en ellas (71).

---

(71) Art. 209. 2, c, de la LCSP.

# LA CONFIGURACION DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 30 DE OCTUBRE DE 2007

MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.— III. ALCANCE DE LA OBLIGATORIEDAD DE CONSTITUIR ÓRGANO DE ASISTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.— IV. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ABIERTO.— V. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO.— VI. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.— VII. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL DIÁLOGO COMPETITIVO.— VIII. LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA Y EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.*

*RESUMEN:* La entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, ha supuesto modificaciones importantes en la regulación de los órganos de asistencia al órgano de contratación durante el procedimiento de adjudicación. Este artículo analiza la configuración actual de estos órganos y los problemas que ocasiona una regulación fragmentada e incompleta.

*Palabras clave:* contratos públicos; contratos administrativos; procedimientos de adjudicación; mesas de contratación.

*ABSTRACT:* The entry into force of the new Law 30/2007, October 30th 2007, of Public Sector Contracts, has supposed important modifications in the regulation of the organs of attendance to the contracting authority during the procedure for the award of public contracts. This article analyzes the present configuration of these organs and the problems caused by a fragmented and incomplete regulation.

*Key words:* public procurement; public contracts; procedure for the award of public contracts.

## I. INTRODUCCIÓN

El marco normativo aplicable actualmente a los órganos de asistencia al órgano de contratación, denominados tradicionalmente en nuestro derecho

mesas de contratación, se caracteriza por las escasas referencias que les dedica la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, y por la falta de precisión sobre los preceptos que siguen aplicables del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante RGLCAP. Esto unido a las importantes novedades que ha introducido la LCSP en relación con el procedimiento de adjudicación de los contratos, ha creado una situación confusa en algunos aspectos relacionados con el alcance de la obligatoriedad de constituir mesas, con las funciones que estas deben desarrollar y con sus actuaciones.

El legislador estatal, consciente de esta situación ha elaborado un borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP en el que con carácter de urgencia se desarrolla la Ley únicamente en lo que se refiere a la clasificación empresarial y a las actuaciones de las mesas. El documento puede consultarse en la Plataforma de Contratación del Estado (<http://www.contrataciondelestado.es/>).

Este trabajo pretende dar una visión general de la configuración actual de los órganos auxiliares o de asistencia del órgano de contratación y analizar las cuestiones relativas a sus funciones y al desarrollo de sus actos que presentan alguna dificultad o que necesitarían de una mayor precisión, haciendo referencia también a los planteamientos que se recogen en el borrador de desarrollo parcial de la LCSP.

## **II. LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA AL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN EN LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

La LCSP dedica el Libro III a la «Selección del contratista y adjudicación de los contratos» y dentro de este, el Capítulo I del Título I a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. La subsección 3ª que incluye los artículos 127 a 133 regula la licitación y la subsección 4ª, artículos 134 a 136, la selección del adjudicatario. En todos estos preceptos las actuaciones están referidas siempre al órgano de contratación de forma que puede dar la impresión de que la LCSP no exige que participe en el procedimiento de adjudicación del contrato, otro órgano que no sea aquel que tiene atribuida la competencia para contratar. Sin embargo el artículo 144, referido al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación en el procedimiento abierto, si recoge la necesidad de que intervenga el que denomina «órgano competente para la valoración de las proposiciones». A este órgano le encomienda además de la valoración de las ofertas, la apertura de las proposiciones y la calificación de la documentación aportada por los licitadores para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos de capacidad y solvencia. El artículo 144 es un precepto básico que aunque se refiere al proce-

dimiento abierto resulta también aplicable al procedimiento restringido por remisión del artículo 152 y que vincula a las administraciones públicas en todo caso. No resulta aplicable a los poderes adjudicadores no administración pública porque el artículo 176 las exceptiona expresamente.

Los artículos 295 a 298, situados en el Libro V de la LCSP, dedicado a la «organización administrativa para la gestión de la contratación», desarrollan el artículo 144 regulando los que se denominan en el enunciado del capítulo «órganos de asistencia al órgano de contratación» pero a los que después en el articulado se refiere con el nombre de mesas de contratación. Son preceptos que tienen carácter de legislación no básica ya que tratan cuestiones de carácter organizativo.

El artículo 295 establece el alcance de la obligatoriedad de constituir mesas de contratación y la composición de las mismas, el artículo 296 regula para el ámbito estatal la mesa especial del diálogo competitivo, el 297 regula la mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada y por último el artículo 298 establece que en los concursos de proyectos la mesa se constituirá en Jurado.

La LCSP no aborda una regulación pormenorizada de las actuaciones de los órganos de asistencia en cada procedimiento de adjudicación como hacía el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante TRLCAP. El artículo 81 TRLCAP regulaba las mesas de contratación en general y otros artículos se referían concretamente a la forma de actuación de la mesa en cada procedimiento, así en el artículo 82 se regulaba la forma de actuación de la mesa en la subasta, el 88 en el concurso y el artículo 92 en los procedimientos negociados, además el artículo 184 contenía una referencia específica a la actuación de la mesa en determinados contratos para el tratamiento de la información. La única mención en la LCSP a las actuaciones del órgano de asistencia además de las citadas anteriormente, está en el artículo 71, que prevé que el «órgano auxiliar» del órgano de contratación pueda recabar aclaraciones sobre la documentación acreditativa de los requisitos previos.

La escueta regulación de los órganos de asistencia en la LCSP debe completarse con la contenida en el RGLCAP que dedica a las mesas de contratación el artículo 79 y que regula aspectos relacionados con las actuaciones de las mesas en los artículos 22, 51 y 81 a 87. Estos preceptos siguen vigentes en lo que no se opongan a la LCSP, en virtud de la Disposición Derogatoria Única de la misma. Tienen carácter de legislación básica los artículos 51, 81, salvo el apartado 2 en lo que se refiere al plazo de tres días y a la publicidad en tabloneros de anuncios, 85 y 86. Por el contrario los artículos 22, 79, 83, 84 y 87 y en general todas las referencias a las mesas de contratación no tienen carácter básico.

En este punto hay que recordar que la aplicación supletoria de los preceptos no básicos de la LCSP y del RGLCAP al ámbito autonómico en virtud del artículo 149.3 de la Constitución debe hacerse de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional manifestada en las Sentencias 118/1996 y 61/1997, que básicamente considera que «la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal llene, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de un vacío normativo detectado como tal por el aplicador del derecho». En consecuencia, la aplicación supletoria no es automática sino que corresponde al aplicador del derecho autonómico determinar si existe un vacío normativo y si es necesario encontrar una norma jurídica que lo llene para en ese caso integrar ese vacío con el derecho supletorio pertinente.

### **III. ALCANCE DE LA OBLIGATORIEDAD DE CONSTITUIR ÓRGANO DE ASISTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN**

No hay ninguna duda de la obligación para todas las administraciones públicas de constituir órgano de asistencia en los procedimientos abiertos y restringidos por aplicación del artículo 144 que como ya hemos dicho exige con carácter de legislación básica, la intervención de un «órgano competente para la valoración de las proposiciones» y que resulta aplicable al procedimiento restringido por remisión del artículo 152 LCSP.

Este órgano auxiliar o de asistencia al órgano de contratación se denominará en las Administraciones Públicas estatales Mesa de contratación. Las Administraciones autonómicas podrán configurar sus propios órganos y si no lo hicieran se les aplicarán supletoriamente los preceptos de la LCSP y del RGLCAP de conformidad con el artículo 149.3 CE.

Distinta es la cuestión de la necesidad de constituir órgano de asistencia en el procedimiento negociado y en el diálogo competitivo, pues en ambos casos las referencias que se hacen a la actuación de un órgano de asistencia en la LCSP, artículos 295 y 296, tienen carácter de legislación no básica.

Para las Administraciones Públicas estatales resulta obligatorio constituir mesa de contratación en los procedimientos negociados con publicidad en los supuestos fijados por el artículo 295.1 LCSP. Este precepto resulta aplicable a las administraciones autonómicas en tanto no dispongan de norma específica, las cuales por tanto deberán constituir mesa en los mismos términos.

La redacción del artículo 295.1 resulta confusa y provoca dudas sobre el alcance de esta obligatoriedad de constituir mesa pues admite diversas interpre-



taciones. El artículo 295.1 dispone que la mesa de contratación se constituirá obligatoriamente en los procedimientos abierto, restringido y negociado del artículo 161.1, para después añadir que en los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación la constitución de la mesa será potestativa para el órgano de contratación. El artículo 161 en su primer apartado establece como procedimientos sujetos a publicidad los supuestos de los artículos 154 a) y b), 155 a) y 158 a), aunque después añade que podrá prescindirse de la publicación del anuncio cuando se acuda al procedimiento negociado por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables en los procedimientos antecedentes, siempre que en la negociación se incluya a todos los licitadores que en el procedimiento abierto o restringido, o en el procedimiento de diálogo competitivo seguido con anterioridad hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales exigidos, y solo a ellos. Por otro lado en el apartado segundo del artículo 161 se establece la necesidad de publicar anuncios en los contratos no sujetos a regulación armonizada que puedan adjudicarse por procedimiento negociado por razón de la cuantía cuando su valor estimado sea superior a 200.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 60.000 euros, cuando se trate de otros contratos. El artículo 126 permite que en estos contratos la publicidad se realice únicamente en el perfil de contratante.

Por lo tanto se puede entender que la referencia del artículo 295.1 a la constitución potestativa de la mesa en los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios está relacionada con el párrafo primero del artículo 161 o considerar que se refiere en general a los procedimientos negociados sin publicidad. En el primer caso solo en los supuestos recogidos en el párrafo primero del artículo 161 sería necesario constituir mesa, e incluso dentro de estos, en los supuestos del artículo 154 a) si no resulta necesario publicar anuncios, la constitución de la mesa será potestativa, mientras que en los procedimientos negociados por razón de la cuantía en los que es necesario publicar anuncios, los supuestos del artículo 161.2, la constitución de la mesa sería potestativa. La segunda interpretación, por el contrario, implicaría que en que todos los procedimientos negociados con publicidad incluidos los supuestos del artículo 161.2, sería necesario constituir mesa de contratación.

Es esta última opción la que parece seguir el borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP cuando en el artículo 42 dice: «Los órganos de contratación estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una mesa» y es la interpretación que ha realizado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/2008 al considerar que no existen razones de fondo para diferenciar entre los supuestos de procedimiento negociado con publicidad del artículo 161.1 y los del artículo 161.2.

Sin embargo cabe defender que la LCSP ha diseñado para los procedimientos negociados con publicidad por razón de la cuantía del artículo 161.2 un procedimiento «simplificado» tanto en la publicidad que solo se exige en el perfil de contratante y no en boletines oficiales, como en la necesidad de constituir mesa que sería opcional.

El artículo 296 regula para el ámbito estatal la Mesa especial del diálogo competitivo. Será obligatorio que las Administraciones Públicas estatales en estos procedimientos constituyan mesa de contratación con la composición señalada en el artículo 295 a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo. La aplicación de la obligatoriedad de constituir mesa en el diálogo competitivo a las administraciones autonómicas de forma supletoria si no tienen normativa específica resulta muy dudosa puesto que el artículo 296 es un precepto claramente organizativo

#### **IV. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ABIERTO**

El artículo 144 LCSP como hemos visto exige la participación en el procedimiento abierto de órgano de asistencia al órgano de contratación al que atribuye las siguientes funciones:

- La apertura y calificación de la documentación administrativa.
- La apertura de proposiciones.
- La valoración de las ofertas.
- Formular la propuesta de adjudicación.

Sin embargo, a pesar de denominarlo «órgano competente para la valoración de las ofertas», la LCSP ha introducido una importante alteración en el alcance de sus funciones de valoración, puesto que al establecer la participación necesaria en algunos supuestos determinados de un órgano distinto, sea un comité de expertos o un organismo técnico especializado, le sustrae la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor en esos casos.

El artículo 137 LCSP exige que en el caso de que en una licitación que se siga en un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité de expertos al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado. En ambos casos el informe evacuado resulta vinculante para el «órgano competente para la valoración» según el artículo 144.1.

Esta es una novedad de la LCSP que no solo no viene exigida por las Directivas comunitarias sino que no tiene precedentes en el derecho de los países de nuestro entorno. Es cierto que parece querer reforzar la objetividad de las adjudicaciones al exigir que el comité de expertos esté integrado por personas con la cualificación apropiada y no integradas en el órgano proponente del contrato y que por lo tanto actuarían con total independencia, cualificación e independencia que también se presuponen en un organismo técnico especializado. Pero este requerimiento resulta excesivo puesto que tanto el órgano competente para la valoración como el comité de expertos y el organismo técnico especializado son designados por el órgano de contratación, por lo tanto quizás habría sido más adecuado optar por que sin necesidad de constituir un comité de expertos o de designar un organismo técnico especializado, el órgano de contratación designara como vocales del órgano de valoración a expertos en número suficiente como para constituir una ponencia técnica dentro del mismo.

El borrador de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP, en el artículo 44.4 dispone que los miembros del comité aunque no integrados en el órgano proponente del contrato, deben ser personal al servicio del departamento Ministerial u organismo contratante siempre que sea posible, esto indica que no está pensando en la posibilidad de que se nombren expertos externos, lo que hace aún más innecesario configurar este comité como figura independiente del órgano de valoración.

El desarrollo de los actos de apertura de proposiciones y valoración de ofertas también ha sido modificado sustancialmente por la LCSP respecto de la configuración anterior. En primer lugar, al distinguir entre criterios evaluables automáticamente y criterios que exigen un juicio de valor y someterlos a valoración separada y en segundo, al introducir como novedad la posibilidad de realizar subastas electrónicas.

El artículo 134 LCSP establece 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 cuya valoración exija un juicio de valor, dejándose constancia documental de ello y remite a las normas de desarrollo de la Ley para determinar los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

La primera cuestión que plantea la aplicación del artículo 134 es si es necesario haber valorado los criterios que no son valorables automáticamente antes de abrir la oferta económica. Es cierto que la ley no lo dice expresamente pero si atendemos al fin de esta previsión que no puede ser otra que garantizar la máxima objetividad en la valoración de los criterios que por no

ser evaluables automáticamente exigen un juicio de valor, deberíamos concluir que el órgano competente para la valoración no debe conocer con anterioridad a esa valoración cuales son las propuestas de los licitadores en cuanto a los criterios de evaluación automática y por tanto no solo la oferta económica sino toda la parte de valoración automática de las propuestas se tendría que abrir con posterioridad a esa primera valoración.

Esta tesis, sin embargo, no encuentra fácil acomodo con la regulación que hace la LCSP de los plazos para la apertura de la oferta económica y para realizar la adjudicación provisional. El plazo que establece el artículo 144 para realizar el acto público de apertura de la oferta económica es en todo caso de un mes desde la finalización del plazo para presentar ofertas, por lo tanto el plazo máximo para recontar las proposiciones presentadas, calificar la documentación administrativa y evaluar los criterios de selección es de un mes. El plazo que fija el artículo 145 LCSP para realizar la adjudicación provisional es con carácter general en los supuestos en los que existen varios criterios de adjudicación, de dos meses desde la apertura de proposiciones. Si en el momento de la apertura de la oferta económica hubiera que tener valorada la parte más compleja de las ofertas como es la que se refiere a criterios no automáticos, el plazo de un mes para la apertura de la oferta económica puede resultar insuficiente y sin embargo el plazo de dos meses para realizar la adjudicación provisional claramente excesivo.

Admitida la obligatoriedad de valorar los criterios que exigen un juicio de valor antes del acto público de apertura de ofertas habrá que dar un nuevo tratamiento a la cuestión de la publicidad del resultado de la calificación administrativa y de la valoración de los criterios de solvencia. En la regulación del RLCAP al resultado de la calificación de la documentación administrativa y de la valoración de los criterios de selección se le da publicidad en el acto público de apertura de proposiciones, antes de abrir las propuestas de las empresas admitidas. Como la LCSP exige acto público solo para la apertura de la oferta económica, si esta va a tener lugar con posterioridad a la evaluación de las propuestas en cuanto a los criterios no valorables automáticamente y por tanto antes del acto público ya se habrán abierto en parte las propuestas de los licitadores, será necesario que exista un mecanismo para dar publicidad al resultado de la calificación administrativa y a la valoración de los criterios de solvencia antes de dicha apertura informal.

El borrador de proyecto de Real Decreto de Desarrollo parcial de la LCSP dedica un artículo al que quiere dotar de carácter básico, el 44, a la «Valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor». En el mismo se establece en relación al desarrollo de los actos de apertura que se celebrará un primer acto, que podrá no ser de carácter público, para la apertura de la documentación relativa a los criterios que dependan de un juicio de valor pro-

curando hacerlo coincidir con el de apertura de la documentación administrativa. Este es un planteamiento erróneo puesto que en ningún caso deben abrirse las propuestas de los licitadores antes de que se haya calificado la documentación administrativa y una vez comprobada la capacidad y solvencia se les haya declarado admitidos. Sobre la publicidad del resultado de la valoración de los criterios dependientes de un juicio de valor indica que se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa.

El borrador no aclara la cuestión de la publicidad del resultado de la calificación de la documentación administrativa.

Otra novedad de la LCSP que va a afectar al desarrollo de la valoración de las ofertas es la posibilidad que regula el artículo 132 de introducir en la licitación de un procedimiento abierto o restringido una subasta electrónica.

La subasta electrónica es un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren, basado en dispositivos electrónicos que permitan su clasificación a través de métodos automáticos de evaluación. Por lo tanto antes de proceder a la subasta electrónica será necesario realizar una primera evaluación completa de las ofertas que sin duda realizará el órgano auxiliar y a continuación el órgano de contratación invitará simultáneamente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que presenten nuevos precios revisados a la baja o nuevos valores que mejoren la oferta. La fórmula matemática que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores que se presenten incorporará la ponderación de todos los criterios fijados para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Una vez concluida la subasta electrónica, el contrato se adjudicará en función de sus resultados.

Así pues la actuación del órgano de asistencia en los supuestos en que se realice una subasta electrónica no finalizará en esa primera valoración completa de las ofertas sino que deberá realizar una propuesta de adjudicación en base a los resultados de la subasta electrónica, por lo tanto parece aconsejable que las normas de desarrollo de la ley aborden cuáles son las funciones que le corresponden en relación con el desarrollo de la subasta. El borrador de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP no contiene ninguna referencia a este tema.

Por último la LCSP no contempla una cuestión que ya no estaba totalmente clara con la anterior normativa y que es la actuación en caso de empate

de ofertas más bajas en los supuestos de aplicación del único criterio precio o de ofertas económicamente más ventajosas en supuestos de aplicación de varios criterios, si en los pliegos no se ha establecido ningún criterio de desempate. La única referencia al respecto se contenía y se contiene en el artículo 87 RGLCAP que establece que en las subastas, si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación de éstas mediante sorteo. Este precepto se declara expresamente inaplicable al concurso por el artículo 90 RGLCAP.

Ante la duda de si la previsión del artículo 87 RGLCAP es aplicable a los procedimientos en los que existe un único criterio de adjudicación, el precio y dada la ausencia de previsión alguna respecto de los procedimientos con varios criterios de adjudicación resulta recomendable que en los pliegos de cláusulas administrativas se contemple esa eventualidad, a tal efecto hay que recordar la Disposición Adicional Sexta de la LCSP sobre preferencia en la adjudicación en base a criterios sociales. En cualquier caso sería conveniente que en el desarrollo de la ley se fijara un criterio supletorio para estos casos en ausencia de previsión específica en los pliegos.

El borrador de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP tampoco se refiere a esta cuestión.

## **V. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO**

El artículo 152 LCSP dispone la aplicación al procedimiento restringido del artículo 144 «salvo en lo que se refiere a la calificación de la documentación administrativa». Por lo tanto está clara la obligatoriedad para todas las administraciones públicas, de constituir órgano de asistencia en estos procedimientos pero la redacción del artículo 152 puede suscitar dudas sobre si las funciones del «órgano competente para la valoración de las ofertas» en este procedimiento comprenden la calificación de la documentación administrativa y la valoración de los criterios de selección

El borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP, aclara esta cuestión y concreta en el artículo 43.2 que en el procedimiento restringido, la mesa de contratación examinará la documentación administrativa en los mismos términos previstos para el procedimiento abierto lo que supone que calificará las documentaciones de carácter general y determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos.

En este punto sería aconsejable que se tuviesen en cuenta las peculiaridades del procedimiento restringido y se concretara que en los procedimientos res-

tringidos en los que se haya limitado el número de candidatos a invitar, la determinación de los licitadores admitidos y excluidos comprende la evaluación y ponderación de los criterios de selección. Recordemos que el artículo 147 LCSP dispone que los criterios de selección utilizables en el procedimiento restringido son los criterios objetivos de solvencia señalados en los artículos 64 a 68, de forma que al órgano auxiliar le corresponde proponer al órgano de contratación los solicitantes que deben de ser invitados a presentar oferta por ser los que han obtenido mayor puntuación en esa evaluación. También resulta conveniente que se concrete que dicha selección debe quedar formalizada en una resolución específica del órgano de contratación que además de dar lugar a cursar las invitaciones deberá ser notificada a los candidatos no seleccionados.

El borrador establece como novedad que la selección de los solicitantes que corresponde al órgano de contratación, podrá ser delegada en la mesa haciéndolo constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares

Las cuestiones tratadas en relación con las funciones y desarrollo de los actos del órgano auxiliar en el procedimiento abierto resultan aplicables al procedimiento restringido.

## **VI. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO**

La LCSP no define con claridad, como tampoco lo habían hecho ni la LCAP ni el RGLCAP, el alcance de las funciones de la mesa en los procedimientos negociados y por ello cabe plantearse si a la mesa le corresponde alguna actuación en la negociación de los términos del contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado abordó la cuestión de la intervención de la mesa en los procedimientos negociados en el informe 21/1997, concluyendo que a la misma le corresponde pronunciarse sobre si el adjudicatario reúne los requisitos positivos de capacidad y solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar y que este pronunciamiento debe producirse antes de la adjudicación, pero no necesariamente antes de la negociación. La negociación queda claro que corresponde al órgano de contratación, el cual informará del resultado de la negociación a la mesa, y esta elevará una propuesta que no será sino un simple informe manifestando que no existe obstáculo legal una vez examinada la documentación presentada, para contratar a la empresa seleccionada por el órgano de contratación.

Dado que la LCSP ha suprimido la obligatoriedad de que en los procedimientos negociados la mesa eleve una propuesta de adjudicación, recordemos que el artículo 92 del RGLCAP si lo exigía, el criterio de la Junta Consultiva se ha visto reforzado y hay que concluir que la negociación corresponde

únicamente al órgano de contratación. En los procedimientos negociados con publicidad la actuación de la mesa se producirá una vez presentadas las solicitudes de participación, pronunciándose sobre si los solicitantes reúnen los requisitos positivos de capacidad y solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar, en base a ello propondrá al órgano de contratación los candidatos que deben de ser seleccionados para negociar. En los procedimientos negociados sin publicidad bastara con que la mesa se pronuncie sobre si el candidato seleccionado por el órgano de contratación cumple los requisitos positivos de capacidad y solvencia y el negativo de no estar incurso en prohibición de contratar en cualquier momento antes de la adjudicación provisional. No habrá en ningún caso propuesta de adjudicación.

El borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP introduce confusión en este tema pues aunque deja claro que la mesa no interviene en la negociación le atribuye la valoración de las ofertas. Así al regular en el artículo 43.3 las funciones de la mesa de contratación dice: «En el procedimiento negociado, la mesa, en los casos en que intervenga, calificará la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refiere el artículo 130 de la Ley y, una vez concluida la fase de negociación, valorará las ofertas presentadas por los licitadores, a cuyo efecto podrá pedir los informes técnicos que considere precisos, y propondrá al órgano de contratación la adjudicación provisional».

## **VII. ACTUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA EN EL DIÁLOGO COMPETITIVO**

El artículo 296 regula para el ámbito estatal la Mesa especial del diálogo competitivo con la composición señalada en el artículo 295 a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, también designadas por el órgano de contratación y en número igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa que participarán en las deliberaciones con voz y voto.

El artículo 296 atribuye a la Mesa especial del diálogo competitivo funciones que resultan novedosas respecto de la regulación tradicional de las mesas de contratación. Es a ella a la que le corresponde la elaboración del documento de evaluación previa en los contratos de colaboración sector público-sector privado al que se refiere el artículo 118. Este es un documento en el que se debe justificar que dada la complejidad del contrato la administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato y realizar un



análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifique en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden esta forma de contratación. Por lo tanto la mesa se convierte en un órgano proponente de la forma que debe adoptar la contratación y ya no solo circunscribe su actuación a la fase de adjudicación sino que participa también en la preparación del contrato.

De cualquier forma la actuación de la mesa en el diálogo competitivo deberá ser objeto de desarrollo reglamentario. Ninguna duda cabe en cuanto a su intervención en la selección de candidatos, pero recordemos que en este procedimiento no solo se valoran proposiciones sino que se elige la solución técnica para el objeto del contrato y por lo tanto cabe plantearse si la mesa debe participar en la elección de la o las soluciones adecuadas.

El borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP en el artículo 43 ya citado prevé que durante el diálogo con los licitadores los miembros de la mesa con competencia técnica en la materia sobre la que versa el contrato podrán asistir al órgano de contratación, a petición de éste.

Además le encomienda las siguientes actuaciones:

Declarar el fin del diálogo una vez que el órgano de contratación, determine la solución o soluciones que hayan de ser adoptadas para la última fase del proceso de licitación.

Una vez haya valorado las proposiciones, clasificándolas, podrá requerir al licitador cuya oferta se considere económicamente más ventajosa para que aclare determinados aspectos de la misma o ratifique los compromisos que en ella figuran, siempre que con ello no se modifiquen elementos sustanciales de la oferta o de la licitación, se falsee la competencia, o se produzca un efecto discriminatorio.

## **VIII. LOS ÓRGANOS DE ASISTENCIA Y EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

Por último abordaremos como afecta a los actos de los órganos de asistencia la introducción en el artículo 37 LCSP del recurso especial en materia de contratación.

Como ya hemos visto la configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación es una cuestión organizativa que la LCSP no regula de forma general. Únicamente se establece la composición de las mesas de contratación en el artículo 295 con el carácter de legislación no básica y por tanto aplicable a las administraciones públicas estatales y con carácter supletorio al resto de las administraciones públicas.

La mesa de contratación es un órgano colegiado nombrado por el órgano de contratación. Sus decisiones no ponen fin a la vía administrativa y conforme al artículo 144 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pueden ser recurridas en alzada ante el órgano de contratación.

Esta situación puede verse afectada para los contratos sujetos a regulación armonizada y los de servicios de categorías 17 a 27 con valor estimado igual o superior a 206.000 euros, por la regulación del recurso especial que hace el artículo 37 LCSP, ya que dicho recurso cabe ante los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

El recurso especial es obligatorio antes del recurso contencioso-administrativo y elimina la posibilidad de interponer recursos administrativos ordinarios.

La mesa de contratación en el procedimiento abierto, restringido y negociado con publicidad, califica la documentación administrativa y posteriormente, una vez subsanados en su caso los defectos u omisiones, procede a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de selección con pronunciamiento expreso sobre los admitidos, los rechazados y las causas de su rechazo, como dispone el artículo 82 RGLCAP. En el procedimiento abierto las ofertas que corresponden a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato y los sobres que las contengan no podrán ser abiertos (artículo 83 RLCAP). En los procedimientos restringido y negociado estas empresas no podrán ser seleccionadas a participar en la fase posterior del procedimiento.

Se plantea cuáles son las posibilidades de defensa que tienen los licitadores contra estas decisiones de la mesa pues no cabe duda de que la exclusión de una empresa del procedimiento de adjudicación del contrato tiene unos efectos decisivos para la misma.

En el procedimiento restringido, en el negociado con publicidad y en el diálogo competitivo ya hemos dicho que convendría que la selección de candidatos se hiciera por resolución expresa del órgano de contratación y este acto podría ser sin duda recurrido en base al artículo 37 LCSP.

En el procedimiento abierto sin embargo no existiría un acto del órgano de contratación sino un simple acto de la mesa por lo que cabe plantearse si la única defensa posible contra el mismo es el recurso de alzada o esperar a interponer el recurso especial contra la adjudicación provisional o si por el contrario cabe el recurso especial contra ese acto de la mesa.

# LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA(\*)

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÙ

*SUMARIO: I. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO EN LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA.— II. CRITERIOS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LA ADJUDICACION.— III. ADJUDICACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.*

*RESUMEN:* Análisis de los criterios objetivos para determinar la oferta económicamente más ventajosa en los contratos: Análisis práctico de los distintos criterios y su ponderación: criterios sociales y ambientales.

*Palabras clave:* contratación pública; oferta económicamente más ventajosa; adjudicación de contratos.

*ABSTRACT:* Analyse of the objective criteria used to determine the so-called «most economically advantageous tender» in public contracts: practical analysis of the various criteria and their balance: social and environmental awarding criteria.

*Key words:* public procurement; most economically advantageous tender; contract awarding.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 (LCSP) pretende la trasposición de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos. Clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales contenidos en el Tratado y, en particular, los

---

(\*) Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)», Ref. SEJ2006-13188/JURI.

principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. *No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública»* (cursiva nuestra) (1)

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, como ya se ha explicado, son de aplicación los principios de Tratado. Principios que, en lo que ahora nos ocupa, tiene una evidente concreción en la fase de los criterios de adjudicación de los contratos.

## **I. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO EN LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA**

El artículo 53 de la Directiva 2004/18 establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos serán el precio o la consideración de la oferta económicamente más ventajosa. Se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilita la economía de escala a fin de conseguir una óptima eficiencia de fondos públicos. Por ello, como recuerda la STJCE de 16 de septiembre de 1999 (*Metalmecanica Fracasso SpA*), el órgano de contratación no está obligado a adjudicar el contrato al único licitador que haya sido considerado apto para participar.

En todo caso, los criterios a introducir para la valoración, además de guardar directa relación con la prestación demandada deben garantizar que no se quiebra el principio de igualdad de trato (2). Así lo indico la STJCE 18 de octubre de 2001 (*SIAC Construction*) afirmando que si bien la Directiva

---

(1) Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J.A. MORENO MOLINA, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

(2) En este aspecto concreto significa que ni las condiciones o cláusulas que impidan la participación de empresas (reglas de exclusión), ni las reglas para admitir a concurso a cualquier solicitante (reglas de selección), ni los criterios de adjudicación de los contratos pueden incluir una exigencia sobre nacionalidad a los licitadores, ni tampoco establecer condiciones que directa o indirectamente supongan no sólo una discriminación por razón de la nacionalidad, sino incluso un fomento directo o indirecto a la compra nacional.

«deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente» (sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 19). Al respecto resulta de especial interés la STJCE de condena al Reino de España (asunto INSALUD) al considerar que:

«El artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.»

La LCSP recepciona dicho mandato incorporando el término «oferta económicamente más ventajosa» para denominar la utilización de cualquier de los dos tipos de criterios de adjudicación, o bien solamente el precio, o diversos criterios.

Una primera observación es que la regulación de la oferta económica que establece la LCSP debe ser de aplicación a todos los contratos que se realicen al margen del importe y del tipo de entidad —Administración pública o no— por cuanto tanto del artículo 1 y 175 y 176 de la Ley así se deduce al recoger de forma expresa que en contratos no armonizados y de entes del sector público que no sean Administración Pública, incluso no siendo poder adjudicador, la adjudicación debe recaer en la oferta económicamente más ventajosa. De ahí la importancia de la regulación que al efecto establece la Ley de que criterios incluir para poder decidir sobre cual es la oferta económicamente más ventajosa.

La LCSP, en su artículo 134 opta —al menos aparentemente— por un unico criterio, lo que introduce ciertas dudas prácticas no pareciendo conveniente incluir en un mismo criterio lo que ahora son dos criterios de adjudicación tanto en nuestra derogada LCAP como en la Directiva (por ciento, tam-

bien dos en la Ley 31/2007, de contratación en sectores especiales). Dice así el artículo 134.1:

«Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la asunción del compromiso de mantener éste invariable como precio cerrado, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.»

En definitiva, que subsisten de hecho las dos formas clásicas de adjudicación de contratos.

El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato.

El artículo 134.1 LCSP precisa que los criterios de valoración de las ofertas han de estar directamente vinculados al objeto del contrato. A título indicativo menciona la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes (3).

---

(3) Recuérdese como el artículo 99 del Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas («Reglamento financiero»), se afirma que la oferta económicamente más ventajosa es la que presenta la mejor relación entre la calidad y el precio,

La finalidad de esta evaluación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora. La función de los criterios de adjudicación es, por lo tanto evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia práctica— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (4).

Obviamente, los criterios que se fijan deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (EVN y Wienstrom), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores (5).

En todo caso, como bien recuerda la STJCE de 24 de enero de 2008 (Lianakis) no pueden confundirse los criterios de aptitud con los de oferta económicamente más ventajosa:

«26 Se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 no excluye, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 15 y 16).

27 En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (véase, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 17).

28 Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 18).

---

teniendo en cuenta, en particular, los criterios justificados por el objeto del contrato, tales como el precio propuesto, el valor técnico, el carácter estético y funcional, las características medioambientales, el coste de utilización, la rentabilidad, el plazo de ejecución o de entrega, el servicio de posventa y la asistencia técnica.

(4) Véase, por ejemplo, la letra b) del apartado 1 del artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE «diversos criterios según el contrato en cuestión».

(5) Desde esta perspectiva Cuestionable es la previsión del artículo 113 LCSP en contratos de concesión de obra pública de iniciativa privada pues debe garantizarse que el promotor no obtiene ventajas competitivas que puedan conducir a un falseamiento de la competencia y vulneración del principio de igualdad de trato exigida por el artículo 2 de la Directiva 18/2004.

29 Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, las sentencias Beentjes, antes citada, apartado 19; de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 35 y 36, así como, respecto de los contratos públicos de servicios, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartados 54 y 59, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 y 64).

30 Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión..»

Esto significa que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista pues ese aspecto, al ser de aptitud, no puede ser de adjudicación, tal y como ha venido a recordar la STJCE de 4 de junio de 2003 (GAT). Por ello, si queremos que esa experiencia empresarial sirva no sólo como criterio de admisión sino como criterio de valoración debe ser instruido un procedimiento restringido (entre otros, Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 53/97, de 2 de marzo de 1998, Informe 18/98, de 30 de junio de 1998, Informe 44/98, de 16 de diciembre e Informe 22/00, de 6 de julio) (6) dado que no guarda relación directa con el objeto del contrato (así lo entiende, por ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de febrero de 2001). Y es que las Directivas comunitarias y la LCSP distinguen entre criterios de solvencia que deben reunir los licitadores y criterios para la adjudicación del contrato, de tal manera que si se pretende valorar el elemento subjetivo (la experiencia o capacidad del contratista) debe acudirse necesariamente al procedimiento restringido (7). Así lo recuerda, además, la Recomendación de

---

(6) Vid. BAÑO LEÓN, «La influencia...», ob. cit., pp. 34-36 y RUIZ DE CASTAÑEDA, en libro col *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, Comares, Granada, 1996, p. 172, MARTÍNEZ MENÉNDEZ, «Modificaciones introducidas por la Ley 53/1999 y el Real Decreto Legislativo...», *Noticias Unión Europea*, núm. 198, 2001, p. 39; y ORTIZ MALLOL, «A vueltas sobre la experiencia como criterio de adjudicación de los contratos administrativos licitados por forma de concurso», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, pp. 77-98. También J. PÉREZ-ILZARBE SARAÜETA, «La nueva contratación administrativa en Navarra: en particular los Procedimientos negociados», *RJN* núm. 28, 1999, 155-156, participa de esta opinión si bien entiende que, por debajo de los umbrales comunitarias tal exigencia dificulta la mejor adjudicación.

(7) Y así lo explicita ya el TSJCE en su sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Beentjes).



la Comisión Europea al Gobierno español de 31 de enero de 1996 al declarar que la experiencia es un criterio para evaluar la capacidad de los licitadores y no de adjudicación (8). Opinión que también sostiene el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de marzo de 2007 al afirmar «que resulta patente que el criterio de experiencia no es un criterio de adjudicación». Por el mismo motivo, por su carácter subjetivo, no pueden incluirse criterios de valoración del grado de cumplimiento en la ejecución de contratos análogos ni uno que valorara negativamente el que se fuera ya adjudicatario de un contrato. Tampoco puede considerarse correcta la inclusión como criterio de valoración la relación del personal afecto al contrato, su cualificación, al ser criterio de selección (9).

Insiste en este criterio la STS de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008/4570) al afirmar que «la experiencia de los contratistas es un criterio para verificar la aptitud de los contratistas y no puede utilizarse como criterio para la adjudicación del contrato, ya que son fases separadas que se rigen por normas diferentes (FJ 3 in fine).

En conclusión, los criterios a incluir en la oferta deben guardar relación con el qué y nunca con el quién. Y cuáles son y su ponderación deben incluirse en el anuncio de licitación (art. 134.5 LCSP), sin que sea posible que la mesa de contratación en su competencia de valoración de ofertas, en un procedimiento de licitación, pueda fijar a posteriori los coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación (STJCE 24 enero 2008, Lianakis) al quedar en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos (10). Exigencia de transparencia que pretende conseguir la

---

(8) El Sindic de Greuges, en su Informe al Parlamento de Cataluña de 1997 —en relación con la queja 1734/94— manifiesta que la experiencia del licitador debe ser un criterio de selección cualitativa y nunca un criterio de adjudicación. La Resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Europeos de 30 de julio de 2002 ha venido nuevamente a insistir en este asunto recordando que los criterios basados en la experiencia o la inclusión de criterios tales como la capacidad técnica del licitador referida a la proposición (incluidas valoraciones y cualificaciones del personal aportado); relaciones de medios materiales; relaciones de medios humanos (con referencia explícita, en ocasiones, al personal fijo) y la solvencia técnica o idoneidad del licitador pueden servir para acreditar la capacidad técnica de los contratistas en la fase de selección de los mismos, pero no en la adjudicación.

(9) Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 22/00, de 6 de julio.

(10) Las TJCE de 24 de noviembre de 2005 (TI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc) ya destacó que el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones,

armonización de dos principios básicos como son el respeto a la competencia exclusiva de las entidades contratantes para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato.

Si bien es posible un único criterio precio (la subasta) adjudicando al que, sin ser desproporcionada su oferta, proponga el precio más bajo, cuando sean varios los requisitos (como un concurso), se deberá establecer un orden de prelación, mediante un sistema de puntuación entre las distintas proposiciones estableciendo el pliego de prelación (descendente) de dichos criterios con la ponderación-puntuación que se les atribuye (siendo posible, como admite la STS de 1 de febrero de 1996 —Arz. 886—, que uno de los parámetros obtenga una puntuación de cero puntos), debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos (precio, rentabilidad, plazo, revisión de precios (11), interés técnico, estética, etc., debiendo constar en el pliego (12). Exigencia ésta que, como indica DE SOLAS RAFEGAS pretende conseguir la armonización de dos principios básicos como son el respeto a la competencia exclusiva de la Administración para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato (13). Este criterio de adjudicación, al permitir valorar distintos aspectos del objeto del contrato se ha convertido en la práctica en el más usual, lo que no significa que siempre sea lo más adecuado acudir al mismo (14).

El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán. Los crite-

---

siempre que tal decisión: a) no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; b) no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; c) no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

(11) Como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 45/96, de 22 de julio, entre los criterios de adjudicación del concurso puede figurar no sólo la fórmula de revisión, sino también el índice o sistema de revisión que, para evitar arbitrariedades, deberán figurar o en el anuncio de la contratación o en el pliego de condiciones.

(12) Para la STS de 8 de octubre de 2001 —Arz. 8207— no basta con fijar las puntuaciones, sino que es necesario razonar sus decisiones.

(13) DE SOLAS RAFEGAS, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 190.

(14) Vid. GIL IBÁÑEZ, *Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*, La Ley, Madrid, 1998, pp. 36-39.

rios que se apliquen habrán de conceder al poder adjudicador un margen discrecional para comparar de manera objetiva las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa conforme a criterios objetivos, como los que se relacionan a título de ejemplo en las Directivas (15).

Entre los criterios objetivos en la oferta económicamente más ventajosa con varios criterios se encuentra el precio que, aunque no es obligatorio que se incluya, resulta difícil imaginar una licitación en el que el factor económico, en mayor o menor medida, no sea relevante. Por ello, habrá que entender como excepcional esta posibilidad, consignándose en el expediente las causas que así lo justificaran (16). El Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de junio de 2007 (RJ 2007, 4767) analiza un supuesto de contratación de mediador de seguros que no genera gastos a la Administración contratante y por tanto no tiene obligaciones económicas.

En general, la máxima puntuación por este criterio será obtenida por quien oferte el precio más bajo. Debiendo figurar en el precio el sistema de puntuación parece lógico optar por sistemas de medición proporcionales que atiendan al presupuesto de licitación y no a las ofertas y número de éstas que puedan presentarse por las distintas empresas licitadoras (17). La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 8/1997, de 20 de marzo, indica que «no pueden utilizarse fórmulas distintas a aquellas que atribuyan una puntuación superior a las ofertas de precio inferior y una puntuación inferior a las ofertas de precio superior, sin perjuicio de la posible utilización de fórmulas que no produzcan este resultado, cuando figuren expresamente en el Pliego».

Obviamente, en la valoración del precio conjuntamente con otros criterio obtendrá la máxima puntuación la oferta con el precio más bajo que no incurra en desproporcionalidad sin que parezca correcta la opción de conceder la máxima puntuación a la oferta media entre las ofertas presentadas al ser este un criterio no legal y no aceptado por las autoridades comunitarias. La Comisión Europea ya se manifestó acerca de esta cuestión en su Dictamen de 23 de diciembre de 1997 en relación al procedimiento de adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia en el que las ofertas económicas, según el pliego, se valorarían en atención a las cuantías que más se aproximaran a las medias aritméticas de todas las ofertas admitidas, lo que desvirtúa la noción

---

(15) Conclusiones del Abogado General en el Asunto 31/87: Gebroeders Beentjes – par. 27.

(16) Informe Junta Consultiva de Contratación Administrativa 28/95, de 24 de octubre e Informe 29/98, de 11 de noviembre.

(17) La cuestión ha sido objeto de varios informes de las JCCA adoptando posiciones no siempre coincidentes. Destacamos el Dictamen 1/2001, de 21 de mayo, de la JCCA de la Generalidad Valenciana, Informe 1/2000, de 8 de febrero, de la JCCA de la Comunidad de Madrid.

de «oferta económicamente más ventajosa», instando a España a adoptar las medidas necesarias para conformarse al contenido del Dictamen.

El razonamiento de la Comisión es el siguiente: *«la opción de la oferta económicamente más ventajosa supone combinar varios criterios teniendo en cuenta las propuestas que mejor cumplen cada uno de ellos y ponderándolos, a poder ser de acuerdo con unos coeficientes previamente establecidos. Otra cosa es que, una vez aplicados los coeficientes, la oferta resultante como más ventajosa desde un punto de vista económico no sea la más barata, ni la mejor técnicamente, ni la que el mejor servicio técnico ofrezca, sino la que combine de forma óptima el conjunto de criterios. Pero lo que no se entiende, salvo que el poder adjudicador esté haciendo un juicio de valor sobre las ofertas más bajas, eludiendo así las disposiciones del art. 37 de la Directiva 92/50/CEE, es que, en la valoración de un determinado criterio, en este caso el precio, no se puntúe la mejor oferta, sino la más mediana, de la misma manera que no se entendería que bajo el criterio técnico se prefiriese la solución técnica más próxima a todas las demás, en vez de la mejor, o en el capítulo del plazo, la oferta que tardase lo que el promedio de las otras y no la más rápida».*

No obstante, debemos recordar el carácter no vinculante del dictamen (art. 249 TCE), sin perjuicio de que los órganos de contratación se atengan a estos criterios. Sin embargo, el Informe 27/98, de 11 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, emitido, entre otras cuestiones, para dilucidar el carácter del Dictamen citado, destaca que los expedientes de infracción pueden desembocar en una demanda ante el Tribunal de Justicia Europeo que, en caso de pronunciarse en sentido favorable a las tesis de la Comisión, su decisión sí que vincularía a todos los órganos de contratación. Además, el Dictamen contiene la interpretación común de un precepto de las Directivas sobre contratación pública (Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE) que sí son obligatorias para el conjunto de Administraciones Públicas (18).

---

(18) Las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de las Comunidades Autónomas se han pronunciado en la línea del Dictamen de 23/12/97 de la Comisión: a) Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia: Establece en su Dictamen 1/2001, de 21 de mayo, sobre el criterio de valoración del precio ofertado en los concursos, que *«deberá cumplirse en todo caso la condición de que ofertas más económicas no pueden recibir una puntuación inferior a la otorgada a ofertas menos económicas»*, b) Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares: En virtud de su Informe 5/98, de 26 de junio, sobre valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos, señala que *«el principio imperante es el de puntuar mejor a la oferta menor, cualquiera que sea la forma o fórmulas de efectuarla, con respeto al derecho de audiencia de las ofertas anormalmente bajas»*; c) Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid: Informe 4/97, de 6 de mayo, sobre los criterios de adjudicación en los concursos, en el que concluye que *«la valoración del precio en función de la baja media resultante de todas las ofertas pre-*

Esta posición ha sido ratificada por el Tribunal de Cuentas al reseñar la directa incidencia de las fórmulas de valoración del precio como criterio de adjudicación del concurso en el volumen del gasto público, dado el ingente número de contratos de obras adjudicados mediante concurso que celebra la Administración. En concreto, señala que el método en el que prima la proximidad de la baja de cada oferta a la baja media resultante de todas las ofertas presentadas no resulta adecuado a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública constitucionalizados en el art. 31.2 CE. Establece, asimismo, que *«carece de justificación no valorar las mayores bajas una vez examinada la capacidad, los medios y la solvencia de las empresas licitadoras, así como las especiales ventajas de cada oferta según los restantes criterios, con la amplitud que se considere oportuna en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato»*.

En conclusión, el precio más bajo, ya sea un único criterio o acompañe a otros, debe ser valorado de igual forma referenciando la puntuación sobre el precio más bajo. En todo caso, sería aconsejable utilizar sistemas de carácter proporcional lineales que atiendan al precio de licitación como punto de referencia determinado el umbral para considerar a una oferta en presunción de anomalía o desproporción (19).

Directamente relacionado con el precio y su forma de valorarlo se encuentra el tema de las «mejoras del precio» consistentes en una mayor ejecución de obra a la proyectada y licitada. Posibilidad que, como bien afirma la Junta Consultiva en su informe 29/98, debe ser rechazada al afectar al objeto del contrato.

La mejor oferta económica debe ser evaluada desde una perspectiva finalista y global tal y como recuerda la STJCE de 18 de octubre de 2001 (SIAC), en la que se afirma que una entidad adjudicadora que haya decidido adjudicar un contrato a la oferta económicamente más ventajosa puede adjudi-

---

*sentadas no resulta adecuada a los intereses públicos, considerando los principios de economía y eficiencia que deben informar la actividad y la gestión pública», d) Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia: Informe 04/2003, de 27 de junio, sobre la valoración del precio como criterio de adjudicación en los concursos*

(19) Se reitera la solución incorporada por la Ley 53/99 de modificación de la anterior Ley de Contratos, que asume el criterio de las Directivas comunitarias y de los Informes de la Junta Consultiva en relación a la prohibición de exclusión automática de las ofertas presuntamente temerarias o desproporcionadas. Así, las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE sobre contratación establecen que si para un contrato determinado alguna oferta se considera anormalmente baja en relación con la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el adjudicador solicitará, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta y verificará esta composición teniendo en cuenta las justificaciones o explicaciones presentadas.

carlo al licitador que haya formulado la oferta cuyo coste final pueda ser el menos elevado según el dictamen profesional de un perito, siempre que se respete la igualdad de trato de los licitadores, lo cual supone que se garantice la transparencia y la objetividad del procedimiento y en particular: a) que el referido criterio de adjudicación se haya mencionado claramente en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, y b) que el dictamen profesional se base, en todos los puntos esenciales, en factores objetivos considerados, con arreglo a las normas que rigen en ese campo, pertinentes y adecuados para la apreciación llevada a cabo (20).

Cuestión distinta sería incluir como criterio la valoración complementaria de la rentabilidad, definida por la Junta (Informe 28/95, de 24 de octubre) como «cociente entre beneficios, prestaciones o utilidades y costes, sin perjuicio de que este criterio pueda ser desglosado en subcriterios dentro del propio pliego».

Otro criterio declarado válido por Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea es el de la seguridad del abastecimiento (sentencia de 28 de marzo de 1995, *Evans Medical y Macfarlan Smith*).

Un criterio objetivo es también la calidad del producto o servicio a prestar aunque, un problema, puede ser el de su mesura por lo que habrá que estar, por ejemplo, la acreditación por organismos de normalización, etc. (21). En este contexto debe entenderse el reciente Informe núm. 59 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 12 de noviembre de 2004 al admitir la posibilidad de utilizar como criterio de adjudicación el mayor número de elementos personales y materiales de los exigidos como requisito de aptitud y solvencia, en cuanto supongan una mejor prestación del servicio y no se vulnere el principio de igualdad de trato.

Por lo que respecta a la admisión de variantes debe advertirse que, frente a la práctica habitual, y a fin de adecuar la norma española sólo posible cuando así se motive en el pliego de condiciones. Y así lo indicó la STJCE de 16 de octubre de 2003 (*Traunfellner*) al no admitir variantes si tal posibilidad no se ha previsto y motivado en el pliego o anuncio de licitación.

Por otra parte, no parece conforme a la Directiva la previsión que se deduce de que cuando el criterio precio aparece junto a otros criterios puede no recaer la adjudicación en el mejor postor (a diferencia de cuando es único criterio en el que el más bajo tiene mayor puntuación). Tal conclusión sería

---

(20) Sería deseable como práctica administrativa que, cuando figure el precio, se valoren previamente el resto de los criterios a fin de evitar que el objetivismo de la oferta económica pueda «influir» en las técnicas y forzarles a valorar de forma distinta los aspectos técnicos de las ofertas.

(21) Sobre la viabilidad de este criterio se posiciona el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 53/97, de 2 de marzo.

contraria a la Directiva 2004/18. Otro tanto podría suceder con el concepto de mejora, que debería ser objeto de concreción mediante su definición y finalidad y que no puede suponer una variante encubierta (22).

Llama positivamente la atención el que el LCSP pretenda objetivizar al máximo la puntuación de los criterios fomentando los de carácter matemático y estableciendo la interesante previsión de que cuando los de carácter más discrecional supongan más puntuación que los de naturaleza reglada deberán ser evaluados por un comité de expertos independientes al órgano de contratación (23). Se trata de una concreción del principio de buena administración y debe ser elogiado siempre y cuando se cumpla con las prescripciones de la STJCE de 18 de octubre de 2001 (SIAC). Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada con la previsión del artículo 174.1 a) LCSP que exime esta regla cuando los entes contratantes no tienen la consideración de Administración Pública (previsión que puede amparar fugas hacia entes de esta naturaleza). La pregunta que uno se formula es: ¿por qué hay más desconfianza cuando lo hace una Administración pública que en los casos de ser personificaciones privadas?

Una cuestión importante es la relativa a como protegerse frente a las ofertas desproporcionadas. Esta posibilidad se regula —135.2 y 136 LCSP— de forma más correcta y las denomina ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas y no temerarias y para determinarla se atiende a distintos criterios y no sólo precio, reforzándose la información que se requiere al licitador en estos casos. En todo caso, a estos efectos deberá respetarse la doctrina de la STJCE 27 de noviembre de 2001 (Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni):

---

(22) Por lo que respecta a la admisión de variantes debe advertirse que, frente a la práctica habitual, y a fin de adecuar la norma española a las Directivas, siendo sólo posible cuando así se motive en el pliego de condiciones —131 LCSP—. Y así lo acaba de reafirmar la STJCE de 16 de octubre de 2003 (Traunfellner) al no admitir variantes si tal posibilidad no se ha previsto y motivado en el pliego o anuncio de licitación. La JCCA del Estado en Informe 31/07, de 5 de julio trata la cuestión. En este Informe se sitúa el objeto de consulta en estos claros términos: «La cuestión principal del escrito de consulta es la posibilidad de establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuando éste admita la presentación de variantes, diferentes presupuestos de licitación. La finalidad sería que aquellas variantes que impliquen un mayor coste que la solución de base puedan ser valoradas». Dicho órgano consultivo concluye que no se pueden establecer varios presupuestos de licitación en función de posibles diferentes variantes o mejoras. Se expresa en estos términos su conclusión: «...con excepción de aquellos supuestos en los que el presupuesto del contrato se determina como resultado del procedimiento de la licitación del contrato, no es posible establecer más de un presupuesto para justificar el mayor coste de las posibles variantes que los licitadores puedan presentar».

(23) En todo caso, estos criterios deben ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003 (lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores).

«Se opone a la normativa y a la práctica administrativa de un Estado miembro que permiten que la entidad adjudicadora rechace por anormalmente bajas las ofertas que suponen una baja que supera el umbral de anomalía teniendo únicamente en cuenta las justificaciones de los precios propuestos que correspondan al menos al 75 % del importe de base del contrato indicado en el anuncio de licitación, justificaciones que los licitadores estaban obligados a adjuntar a sus ofertas, sin que, después de la apertura de las pliegos, se dé a los licitadores la posibilidad de alegar su punto de vista sobre los componentes del precio propuestos que hubieran dado lugar a sospechas.

— Se opone también a la normativa y a la práctica administrativa de un Estado miembro que imponen a la entidad adjudicadora la obligación de tener en cuenta exclusivamente, a efectos de verificar las ofertas anormalmente bajas, justificaciones basadas en la economía del procedimiento de construcción, en las soluciones técnicas adoptadas o en las condiciones especialmente favorables de que disfrute el licitador, con exclusión de las justificaciones relativas a todos aquellos elementos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o puedan determinarse a partir de datos oficiales.

— En cambio, siempre que se cumplan todas las exigencias que impone y no se vean afectados los objetivos que persigue la Directiva, dicha disposición no se opone, en principio, a la normativa y a la práctica administrativa de un Estado miembro que, en materia de determinación y de verificación de las ofertas anormalmente bajas, por un lado, obligan a todos los licitadores, so pena de excluirlos de participar en la licitación, a acompañar sus ofertas de justificaciones de los precios propuestos que correspondan al menos al 75 % del importe de base de dicha licitación, y, por otro lado, aplican un método de cálculo del umbral de anomalía basado en la media de todas las ofertas recibidas para la adjudicación de que se trate, de manera que los licitadores no están en condiciones de conocer dicho umbral en el momento de presentar su documentación; no obstante, la entidad adjudicadora debe poder reconsiderar el resultado al que conduzca la aplicación de este método de cálculo».

Esta técnica de fundamenta ya en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que «...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato.»

La Directiva 2004/18 en su artículo 55 contiene una previsión similar. Y la trasposición la realiza la LCSP en los art. 135.2 LCSP, que previene sobre la imposibilidad de adjudicar un contrato 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», y el art. 136 LCSP, que regula esta técnica distinguiendo en función de que exista un único criterio —precios— o varios. En el primer supuesto se man-



tiene el sistema artículo 85 RCAP (24). En el segundo caso —varios criterios— le corresponde al pliego de cláusulas de ejecución determinar los criterios objetivos de calificación de oferta anormalmente baja (el art. 136.2 LCSP detalla que si el precio es uno de los criterios podrán marcarse «los límites» que permitan apreciar que la proposición no puede ser cumplida).

La cuestión de declaración de oferta anormalmente baja está en relación con, entre otros aspectos, la forma de adjudicación de las licitaciones y las características de los criterios de valoración de ofertas. Si los criterios de adjudicación son muy abiertos o discrecionales, de forma que dejan a los técnicos un margen de valoración amplio, la tarea de objetivar los parámetros para considerar una oferta anormalmente baja no será fácil. En todo caso, debe recordarse que la LCSP llama a la utilización preponderante de criterios de adjudicación que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes (art. 134.2 LCSP). Si ese objetivo se cumple quizás la tarea de objetivar los criterios de calificación de una oferta como anormalmente baja se haga también más sencilla (25).

En todo caso, la LCSP ha decidido que, al margen del importe del contrato, la calificación de una oferta como anormalmente baja es presunta y se requiere siempre, en todo caso, solicitar del o de los empresarios afectados una justificación o defensa de las razones que han llevado a presentar una proposición que es considerada desproporcionada o anormal requiriéndose el asesoramiento del servicio técnico correspondiente. Los argumentos aportados (ahorros en el procedimiento de ejecución del contrato, soluciones adoptadas, condiciones favorables para la ejecución contractual, ayudas estatales otorgada sin contravenir las disposiciones comunitarias —art. 136.3 final LCSP—) pueden entenderse justificadores o no de la oferta y de sus condiciones (26).

---

(24) El Informe 47/03, de 2 de febrero de 2004 de la JCCA del Estado, aclara la aplicación del criterio de oferta inferior en más de diez unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, cuando hay más de tres licitadores. También aclara la mecánica de los cálculos aritméticos a efectuar el Informe de la Junta Consultiva de la Comunidad de Murcia 2/2002, de 16 de junio.

(25) El Informe 5/2000, de la JCCA de Andalucía, de 20 de diciembre de 2000 afirma que en los sistemas de contratación centralizada cuando se celebra el concurso general (llamado de determinación de tipo) que dará cobertura a los contratos de aprovisionamiento, también deben aplicarse a los precios máximos ofertados, los criterios de oferta anormalmente baja respecto los precios máximos de licitación.

(26) Una novedad de la actual LCSP, sin duda acertada, es que si se adjudica el contrato a la empresa presuntamente calificada de oferta anormalmente baja desaparece en la LCSP la obligación de constitución de una garantía definitiva del 20% del importe de adjudicación que establecía la anterior LCAP.

Esta opción legislativa es imperativa para los contratos de umbral armonizado pero puede ser modulada (no lo hace la LCSP) para los de importe inferior si no tuvieran carácter transfronterizo. El TJCE, en su sentencia de 15 de mayo de 2008 —SECAP SpA— entiende que debe atenderse al interés transfronterizo del contrato y al número de ofertas. En consecuencia, esta Sentencia establece excepciones a la necesidad de audiencia tras una oferta desproporcionada en función de la cuantía del contrato (no umbral comunitario). Así, las normas fundamentales del Tratado sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como el principio general de no discriminación son contrarios a una normativa nacional que, en lo que respecta a los contratos cuyo valor es inferior al umbral previsto en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/37 y que revistan un interés transfronterizo cierto, cuando el número de ofertas válidas es superior a cinco, obliga imperativamente a las entidades adjudicadoras a excluir automáticamente las ofertas consideradas anormalmente bajas en relación con la prestación, con arreglo a un criterio matemático establecido en dicha normativa, sin dejar a las mencionadas entidades adjudicadoras ninguna posibilidad de verificar la composición de esas ofertas pidiendo precisiones sobre ellas a los licitadores interesados. No ocurre lo mismo cuando una normativa nacional o local o incluso la entidad adjudicadora de que se trate, debido a un número excesivamente elevado de ofertas que podría obligar a la entidad adjudicadora a verificar de manera contradictoria un número de ofertas tan elevado que sobrepasaría su capacidad administrativa o podría poner en peligro la realización del proyecto, a causa del retraso que dicha verificación podría ocasionar, fijan un umbral razonable por encima del cual se aplica la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas (27).

Por último, una novedad importante, ligada al sistema de recursos previsto en el artículo 37 LCSP, es la introducción de la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva (135 LCSP). En todo caso, el contrato se perfecciona con la adjudicación definitiva (artículo 27 LCSP), aunque el acto de adjudicación que finaliza el procedimiento concurre en la adjudicación

---

(27) La aportación de esta sentencia está en delimitar cuáles son esos contratos que con un valor económico inferior al de los umbrales de las directivas deban respetar los principios del Tratado. El concepto que se utiliza es el de que esos contratos presenten «un interés transfronterizo cierto» (apartado 21). La presencia de un interés transfronterizo debe ser considerada por la entidad adjudicadora pero esta decisión puede someterse a control jurisdiccional (apartado 30). La Sentencia reconoce la posibilidad que una normativa establezca criterios objetivos que indiquen la existencia de un interés transfronterizo cierto y, avanza, que podrían ser «el valor relativamente elevado del contrato en cuestión conjugado con el lugar de ejecución de las obras». Aún precisa más la Sentencia afirmando que «...en determinados casos, las fronteras atraviesan aglomeraciones situadas en el territorio de Estados miembros diferentes y que, en esas circunstancias, incluso los contratos de poco valor pueden presentar un interés transfronterizo cierto» (parágrafo 31).

provisional (28). Obviamente, la notificación de la adjudicación provisional requiere motivación (a efectos de poder hacer efectivo el derecho a recurrir). Y por idénticos motivos debe motivarse la decisión de no celebrar un contrato o desistir prevista en el artículo 139 LCSP.

## II. CRITERIOS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LA ADJUDICACIÓN

Un tema de especial interés es el de los criterios sociales y ambientales. Y así se refleja en la propia Exposición de Motivos de la LCSP:

«Incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, ...las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un «comercio justo» con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)], y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales, a la articulación de un nuevo procedimiento de adjudicación, el diálogo competitivo, pensado para contratos de gran complejidad en los que la definición final de su objeto sólo puede obtenerse a través de la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores.

Los criterios sociales y medioambientales, están admitidos y fomentados por las instituciones comunitarias dado que la contratación pública no es un fin en si misma sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, medio ambiente, integración social) y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TCE (29). Así

---

(28) Me remito a mi trabajo «El recurso especial en la LCSP: ¿adecuación a su finalidad?», *Documentación Administrativa*, núm. 274, 2006.

(29) La política de contratación pública es, en definitiva, uno de los muchos elementos de la política de mercado interior, que tiene una serie de objetivos estratégicos (en particular, la libre circulación de mercancías, personas y servicios). Pretende contribuir a la realización del mercado interior, estableciendo las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación y asignando racionalmente los recursos públicos mediante la elección de la mejor oferta. La aplicación de estos principios permite a los poderes adjudicadores obtener la mayor rentabilidad siguiendo ciertas normas en cuanto a la descripción del objeto del contrato, la selección de los candidatos conforme a criterios objetivos y la adjudicación fundada exclusivamente en el precio o, facultativamente, en una serie de criterios objetivos. A favor de esta interpretación puede consultarse C. TOBLER, «Encore: women's clauses in public procurement under Community Law», ob. cit., pp. 624.627

nada impide, como recuerdan las dos comunicaciones citadas, que se incluyan estos criterios dado que los poderes adjudicadores gozan de libertad para determinarlos siempre que no se restrinja la participación en él en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros. Así, en el campo del medio ambiente pueden ser criterios de selección la posibilidad de exigir una experiencia determinada (en temas medioambientales), de exigir a los contratistas que actúen en el marco de un sistema de gestión medioambiental (por ejemplo, el ISO 14001, o cualquier otro justificante) (30). Y en el campo de las políticas sociales es este el momento procedimental oportuno (31). Y debe recalcarse en la conveniencia de incluirlos en los pliegos de cláusulas administrativas, pues como indica MORENO MOLINA (32), es un criterio objetivo adecuado que se sitúa entre los objetivos prioritarios de actuación de los poderes públicos (33). Estos criterios sociales y ambientales no restringen la competencia sino que suponen una adecuada regulación de la misma, optando por primar a las legislaciones más avanzadas en la aplicación de dichas políticas públicas —y las empresas que las cumplen— frente a legislaciones de otros Estados indiferentes a estas materias. La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja a que en esta fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente rentables. Pero conviene analizar su adecuación como criterio objetivo en la oferta económicamente más ventajosa.

Así, en relación a la posibilidad de incluir criterios que integren aspectos sociales, cabría admitirla cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del con-

---

(30) Al fin y al cabo, como bien afirma B.F. MACERA, el respeto al medio ambiente es «el límite objetivo, intrínseco y connatural a la libertad de empresa. *El deber industrial de respetar el medio ambiente. Análisis de una situación pasiva del Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 102.

(31) Así lo entiende también BLÁZQUEZ RONMAN, A., y RAMÍREZ HORTELANO, P., « Las cláusulas sociales en la contratación administrativa », *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pp. 39-48

(32) MORENO MOLINA, *Nuevo régimen*, ob. Cit., p. 322. Igualmente, VERNIA TRILLO, S., « La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública », *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 20, 2002, pp. 441-453.

(33) Por el contrario, una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea —como cláusulas sociales o medioambientales— es sostenida por ARROWSMITH, S., «The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach», *European Law Review*, vol 21, núm 1 de 2002, pp. 11-13.

trato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001) (34). Criterio del que participan tanto el Consejo de Estado (Dictamen 4468/1998, 22 diciembre) como el Consejo Económico y Social (Dictamen nº 5 de 27 de mayo) al entender que los criterios a valorar en un concurso «no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria sino que han de venir integrados en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos». La STJCE de 26 de septiembre de 2000 (Comisión/Francia) considera que la inclusión de una cláusula relativa al empleo, relacionada con la lucha contra el desempleo, no es por sí, contraria a Derecho Comunitario: «(las Directivas) no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, apartado 29).

Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de condición.»

Así pues, puede concluirse en la legalidad de la inclusión de los aspectos sociales en la adjudicación, siempre que guarden relación con la presta-

---

(34) En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE. A favor de esta posibilidad también se había posicionado en España el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/98, de 22 de diciembre. En la doctrina vid. MORENO MOLINA, «Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos», Noticias Unión Europea núm. 198, 2001, pp. 68.

ción demandada y no relación con una mejor solvencia. Por ello, cuando se citan criterios como el empleo de trabajadores minusválidos, la estabilidad de la plantilla, el índice de siniestrabilidad laboral, deficitalmente se puede justificar su relación con la prestación demandada, siendo más propio de necesaria valoración en la fase de solvencia de los contratistas (35).

La Disposición Adicional Sexta LCSP fija una preferencia en la adjudicación, en situación de empate entre empresas respecto la oferta más ventajosa económicamente, a favor de empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento; empresas dedicadas a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social; entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial. El apartado 4 de la disposición referida también establece una preferencia de adjudicación en situación de empate, a favor de las Organizaciones de Comercio Justo que ofrezcan productos en los que exista esta alternativa. Previsiones de dudosa eficacia práctica, al limitar o condicionar su aplicación a una «difícil» situación de empate.

La Disposición Adicional Séptima «Contratos reservados» prevé una licitación con participación restringida a Centros Especiales de Empleo o una ejecución restringida en el marco de empleo protegido.

En este contexto, el artículo 134 LCSP, «Criterios de valoración de las ofertas», establece que para la valoración de las ofertas y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto el contrato, indicando diversos y entre ellos, las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. De ahí la dificultad de encontrar algún criterios social que se pueda valorar en fase de adjudicación.

Por lo que se refiere a los criterio medioambientales el artículo 13 LCSP establece que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como... las características

---

(35) Por ello la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 5/2002, de 13 de junio entiende que la estabilidad en el empleo no puede ser criterio de concurso, pudiendo ser causa de selección y exclusión de contratistas. Sobre la dificultad de valorar criterios sociales en el concurso se pronuncian también BLÁZQUEZ RONMAN, A., y RAMÍREZ HORTELANO, P., ob.cit., pp. 45-48. Esto explica la posición de la Comisión frente a la opción de la Comunidad de Madrid de valorar los criterios sociales en el concurso, ya que a juicio de aquella son criterios de índole subjetiva que no guardan relación con la prestación concreta.

medioambientales... el apartado 3, letra h) de dicho artículo añade que deberán adjudicarse mediante la aplicación de varios criterios de adjudicación aquellos ...cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, 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. Los aspectos medioambientales se mencionan explícitamente en la Directiva 2004/18 de contratos públicos (36). En consecuencia, el artículo sobre los criterios de adjudicación debe interpretarse de modo que los aspectos medioambientales resulten en la definición de criterios de adjudicación específicos. Que un producto «sea» respetuoso con la naturaleza sin más precisiones no es, en cuanto tal, cuantificable y no aporta necesariamente una ventaja económica para los poderes adjudicadores. No obstante, éstos pueden tener en cuenta el carácter «respetuoso con el medio ambiente» de los productos o servicios (por ejemplo, el consumo de recursos naturales), «traduciendo» tal objetivo medioambiental a criterios concretos, relacionados con el producto y cuantificables desde el punto de vista económico, por ejemplo, exigiendo una determinada tasa de consumo de electricidad (37). En la mayor parte de los casos, este tipo de criterios se refiere a la calidad o eficacia del producto o de la ejecución de obras o prestación de servicios (es decir, la calidad o mérito técnico que se mencionan entre los criterios de adjudicación). Por lo tanto, los aspectos medioambientales relacionados con un producto o servicio estarán en pie de igualdad de las características funcionales y estéticas, que son criterios que se enumeran explícitamente en las directivas de contratos públicos, a la hora de medir el valor económico.

Los elementos medioambientales pueden servir para determinar la oferta económicamente más ventajosa, en aquellos casos en que suponga una ventaja económica para la entidad contratante que pueda atribuirse al producto o servicio objeto de la licitación (38). Pero, insistimos, deberán estar relacio-

---

(36) Debe advertirse que en las propuestas de modificación de las Directivas de contratación pública, que la Comisión adoptó el 10 de mayo del 2000, las características medioambientales se relacionaban explícitamente entre los criterios que podrían servir para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

(37) Pueden utilizarse los criterios de la etiqueta ecológica para determinar la oferta económicamente más ventajosa cuando reúnan las condiciones que lo relacionen directamente con el objeto del contrato

(38) La Comisión señala a este respecto que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de definir el objeto del contrato y de integrar en esta fase de la licitación sus preferencias medioambientales relacionadas con posibles ventajas económicas indirectas, incluso recurriendo a la utiliza-

nados —aun de forma indirecta— con el objeto del contrato y no con la cualificación del contratista, pues ese aspecto se debe valorar en el procedimiento restringido (39).

La validez de este criterio fué confirmada por la STJCE de 17 de septiembre de 2002, (Asunto Concordia), al afirmar que son admisibles las consideraciones medioambientales (40). En esta importante Sentencia, en la que se analizaba la validez incluir entre los criterios de adjudicación del contrato la organización del empresario en materia de calidad y de medio ambiente (debían concederse puntos adicionales por un conjunto de criterios cualitativos y por un programa de conservación del medio ambiente acreditados mediante certificación) y la reducción de las emisiones de óxido de nitrógeno o del nivel de ruido de los vehículos (criterios de naturaleza ecológica) (41) se afirma que «1) El artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que, cuando, en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación. 2) El principio de igualdad de trato no se opone a que se tomen en consideración criterios relacionados con la protección del

---

ción de variantes (p. Ej: Posibilidad de tener en cuenta los costes originados durante el ciclo vital de los productos; Posibilidad de tener en cuenta las externalidades —que son los daños o beneficios que no son pagados ni por quien contamina ni por el beneficiario en condiciones normales de mercado-; requisitos de protección o rendimiento medioambiental).

(39) Ese es, por lo demás, insistimos, el defecto del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de dicha Comunidad para apoyar la estabilidad y calidad del empleo.

(40) Un interesante comentario a esta Sentencia es efectuado por MARTÍNEZ PALLARÉS «El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial la inclusión de criterios medioambientales», en libro col. *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 161-171.

(41) Un licitador podía obtener un máximo de 10 puntos adicionales con arreglo a ciertos criterios. Así, tales puntos se asignaban, en particular, por la utilización de autobuses que tuvieran, por una parte, emisiones de óxidos de nitrógeno inferiores a 4 g/kWh (+ 2,5 puntos/autobús) o inferiores a 2 g/kWh (+3,5 puntos/autobús) y, por otra parte, un nivel de ruido inferior a 77 dB (+1 punto/autobús).



medio ambiente, como los controvertidos en el asunto principal, por el mero hecho de que la propia empresa de transportes de la entidad adjudicadora sea una de las pocas empresas que pueden ofrecer unos vehículos que cumplan los criterios mencionados.» Asimismo, y este dato es de gran relevancia, el Tribunal ha asumido el criterio esgrimido por el Abogado General Sr. Jean Mischo, ha considerado que el que la entidad contratante deba identificar la oferta económicamente más ventajosa no significa que cada criterio deba tener una dimensión estrictamente económica en relación con ese contrato sino que puede consistir en una ventaja económica «indirecta» con el mismo pero directa con los fines públicos perseguidos con la Administración, siempre y cuando se respeten los principios fundamentales del derecho comunitario, en especial del principio de no discriminación, y al cumplimiento de las normas de procedimiento, en especial las referidas a la publicidad.

En esta misma línea se ha posicionado la STJCE de 4 de diciembre de 2004 (EVN AG), al afirmar «La normativa comunitaria en materia de contratación pública no se opone a que una entidad adjudicadora establezca, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, al que se atribuye un coeficiente de ponderación del 45%, careciendo de relevancia a este respecto el hecho de que dicho criterio no permita necesariamente alcanzar el objetivo que se persigue» (42).

En resumen, no sólo es posible, sino conveniente, valorar los aspectos medioambientales en al contratación pública con los requisitos ya expuestos (43). En este sentido, y a modo de ejemplo, resulta de interés el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña 4/2003, de 29

---

(42) En todo caso, como bien advierte el TJCE, dicha normativa se opone a este criterio en la medida en que: — no vaya acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de la información contenida en las ofertas, — exija a los participantes en la licitación que indiquen la cantidad de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables que podrán suministrar a una clientela indeterminada y atribuya la máxima puntuación al licitador que indique la mayor cantidad, teniendo en cuenta que sólo se valora la parte de ésta que exceda del volumen de consumo previsible en el marco de la licitación.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, a pesar de no haber establecido la entidad adjudicadora un período de suministro determinado, el criterio de adjudicación ha sido formulado de forma suficientemente clara como para responder a las exigencias de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Sobre este tema vid. J. A. RAZQUIN, «El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el ordenamiento jurídico interno», Revista Jurídica de Navarra núm. 37, 2004, pp. 218-219.

(43) Sobre esta cuestión vid J.F. MESTRE DELGADO, «Contratos públicos y políticas de protección social y medio ambiental», REALA núm. 291, 2003, pp. 705-730.

de abril, sobre incorporación de criterios medioambientales en la contratación administrativa, así como el Informe 1/2006, de 14 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sobre «Buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas».

Cuestión directamente realizada con criterios de selección es la posibilidad de que los criterios sociales y medioambientales puedan incluirse como cláusulas contractuales (pormenorizadas) sobre las modalidades de ejecución del contrato, comp reviene 102 LCSP. Como las cláusulas contractuales se refieren exclusivamente a la ejecución del contrato, deben evitarse las que sean especificaciones técnicas, criterios de selección o criterios de adjudicación encubiertos. Esto significa que todos los candidatos deben poder cumplir dichas cláusulas para que se les adjudique el contrato. Por razones de transparencia deberían anunciarse por anticipado a todos los candidatos (las directivas de contratación pública no contemplan las cláusulas contractuales, que sin embargo deben cumplir las normas y principios generales del Tratado, en particular las relativas al de no-discriminación).

Los poderes adjudicadores disponen de un amplio margen de maniobra para establecer cláusulas contractuales que tengan por objeto la protección del medio ambiente. A continuación, se citan una serie de ejemplos, recogidos por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre medioambiente ya citada, de condiciones concretas suplementarias, relacionadas con los resultados o la ejecución del contrato y que en última instancia cumplen una serie de objetivos medioambientales de carácter general, que son suficientemente concretas, cumplen los principios del Derecho comunitario y son conformes con las directivas:

- entrega y envasado de bienes a granel y no por unidades
- recuperación o reutilización a cargo del contratista del material de envasado y de los productos usados
- suministro de bienes en recipientes reutilizables
- recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista de los desechos producidos durante la utilización o consumo de un producto o después
- transporte y entrega donde tenga lugar la utilización de los productos químicos (por ejemplo, productos de limpieza) concentrados y diluidos.

El problema principal que plantea esta práctica —que, por cierto, aconseja la Junta Consultiva de Contratación Administrativa— es que se difiere a un momento posterior a la valoración dichos criterios, con lo que pueden no tener la misma eficacia. Además, puede plantear problemas prácticos en los casos de incumplimiento de dichas cláusulas contractuales lo que obligaría a

una resolución —con el consiguiente perjuicio al interés general— o a que se ejecute sin cumplir dichos criterios, con lo que el fin perseguido no se cumpliría. Entiendo por tanto que esta posibilidad debe ser analizada con precaución y que, lo más conveniente, a fin de dotar de eficacia real a los objetivos sociales y medioambientales en la contratación es que éstos se incorporen al procedimiento de adjudicación o al criterio de selección. En todo caso, de optarse por esta posibilidad deberían preverse penalidades contractuales muy severas que «disuadan» al licitador de su incumplimiento. Y, en todo caso, el cumplimiento debería considerarse de carácter esencial (como acertadamente posibilita el artículo 102 LCSP).

El pliego de condiciones de ejecución del contrato decidirá si algún criterio es esencial y si por debajo de cierta puntuación se excluye la oferta (44). En cualquier caso, el ente contratante puede desestimar las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen debidamente la prestación del objeto contractual en las condiciones precisas, siendo posible, siempre que se garantice la igualdad de trato de los licitadores, permitir que éstos puedan mejorar sus proposiciones una vez abiertas las plicas del concurso (STS 27 de noviembre de 2001, Arz. 167 de 2002). Y una práctica aconsejable, desde la perspectiva del principio de buena administración, sería la de diferir al último momento procedimental la apertura de la oferta económica (reglada), con el fin de generar una mayor confianza del sistema y, por ende, una mayor concurrencia. Y así se prevé ahora de forma expresa en el artículo 134. 2 in fine LCSP.

### III. ADJUDICACIÓN Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Los entes contratantes, valorados los criterios objetivos, finalizan el procedimiento a través de la adjudicación. La LCSP incorpora una novedad importante al distinguir entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva, perfeccionándose el contrato con ésta última (art. 27 LCSP). El art. 135 LCSP regula la adjudicación provisional del contrato —que encuentra explicación en la regulación de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica las Directivas 89/665/CEE (y 92/13/CEE), en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos—, implantando un período de suspensión temporal previo a la adjudicación definitiva de los contratos a los

---

(44) Obviamente, la determinación de este umbral mínimo debe hacerse con gran prudencia pues podría legitimar indirectamente un posterior procedimiento negociado si ninguna de las ofertas fuera admitida.

efectos de posibilitar la interposición de los recursos legales por aquellos que invoquen un derecho (45). Con todo la regulación que ofrece la LCSP incurre, a nuestro juicio, en cierta «oscuridad» en lo relativo a los efectos jurídicos de las dos fases de adjudicación de los contratos. Y es que esta distinción tiene su explicación desde la óptica del sistema de recursos previsto por el artículo 37 LCSP. Así, de regulación de los artículos 37 y 135 LCSP se deduce que la adjudicación provisional es el acto declarativo de derechos que será objeto de fiscalización y que la elevación a definitiva tiene únicamente por objeto el cumplimiento de una de las características propias de los recursos de la Directiva, es decir, que no comience la ejecución en tanto se resuelve un recurso (46).

De modo que si bien la adjudicación definitiva que confirma la provisional es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa y que por lo tanto en principio, sería susceptible de recurso potestativo de reposición o directamente de recurso contencioso administrativo, según las reglas generales de medios de impugnación de los actos administrativos; atendiendo a esta peculiar configuración de la adjudicación definitiva como un acto de reproducción y confirmación de la provisional, resulta inadmisibles el recurso contencioso de conformidad con el sentido del artículo 28 de la LJCA. Así:

a) en el supuesto de no haberse recurrido la adjudicación provisional, no cabe duda de que la adjudicación definitiva, reproducción de aquella no es sino «un acto confirmatorio de otro anterior consentido y firme» (en términos del artículo 28 LJCA), y por lo tanto, no susceptible de recurso.

b) en el supuesto de haberse recurrido la adjudicación provisional, la inadmisión del recurso responde al hecho de no ser la adjudicación definitiva sino un acto reproducción de otro anterior definitivo y firme.

De la regulación de la LCSP se puede concluir que tras la adjudicación provisional y su posterior recurso se produce la adjudicación definitiva sin que proceda ya ningún recurso contra ésta en este aspecto, dado que la adjudicación definitiva se presenta, desde la perspectiva de la adjudicación, como un trámite formal y no de fondo, ya que la decisión propiamente dicha se adopta en la adjudicación provisional por el órgano competente. Y es que la Directiva Recursos impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como acaba de afirmar en la STJCE de 3 de abril de 2008,

---

(45) El art. 135.3 LCSP manifiesta que en los procedimientos negociados y de diálogo competitivo la adjudicación provisional define los términos del contrato.

(46) Vid. Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Sistema de recursos contra los actos de adjudicación en el marco de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. De manera que contra el acto de adjudicación definitiva es inadmisible recurso alguno por cuando el mismo siempre será confirmatorio de la adjudicación provisional; ya que si no se dan los requisitos para elevar la provisional a definitiva (esto es, justificación documental y constitución de garantía definitiva), no hay un acto de adjudicación definitiva denegando la confirmación de la provisional, sino una nueva adjudicación provisional a favor del licitador que figurase en el correspondiente orden decreciente elaborado y propuesto por la mesa al órgano de contratación. Esta nueva adjudicación provisional será otra vez notificada a todos los licitadores y susceptible de nuevo de recurso especial del artículo 37 LCSP.

Por ello, el artículo 135.3 LCSP establece que la adjudicación provisional se acuerda por el órgano de contratación en resolución motivada justificada por la obligación recogida en el artículo 54.2 LAP. Motivación en la que se deberían incluir las puntuaciones obtenidas por todas las empresas admitidas al procedimiento, esto es, tanto la puntuación total como la puntuación obtenida en cada criterio objetivo aplicado (47).

Obviamente, no se trata que el acto de adjudicación provisional esté motivado intrínsecamente sino que dicha motivación se contenga en la propia resolución y sea comunicada a los interesados para que éstos puedan informarse de las razones que han determinado la selección de la oferta más ventajosa económicamente y ejercer los derechos de recurso que convengan. Todo ello al margen del derecho de cada licitador excluido a solicitar un informe específico que deberá expedir el órgano de contratación justificando ahora especialmente ante la solicitud de un licitador concreto las razones de la adjudicación ya definitiva (art. 137.2 LCSP). El plazo de remisión será de cinco días hábiles (art. 135.3 LCSP).

Obviamente, los entes contratantes tienen un plazo máximo para dictar esta adjudicación provisional. El artículo 145.1 LCSP establece que, cuando el criterio de adjudicación sea uno, el precio, la adjudicación provisional deberá dictarse en el plazo máximo de 15 días desde la apertura de las proposiciones. El apartado 2 establece que si son varios los criterios, el plazo a contar desde la apertura será de dos meses, si bien este plazo de dos meses podría ser aumentado por el pliego de cláusulas administrativas. Si se requiere solicitar información a un o unos licitadores en situación de presunta oferta

---

(47) Vid. la Recomendación 4/2005, de 12 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, apartado IV.

anormalmente baja, el plazo de adjudicación provisional podrá ampliarse en 15 días más (48).

La adjudicación provisional, lógicamente, se notifica a los licitadores o candidatos. Pero además la LCSP establece la obligación de su publicación en los respectivos perfiles contratantes (art. 42 LCSP). Efectuada esta adjudicación provisional —insistimos en la necesidad de su publicación en el perfil contratante— en el plazo de 15 días la empresa adjudicataria deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones (tributarias, Seguridad Social) así como los documentos acreditativos de poseer los medios a adscribir a la adjudicación del contrato, si fuere el caso y constituirá también la garantía definitiva, si fue requerida en el pliego (art. 135.4 LCSP).

No puede llevarse a cabo la adjudicación definitiva (perfección del contrato) hasta que hayan transcurrido 15 días hábiles contados desde el siguiente a aquél en que se publique en el perfil del contratante o en un diario oficial, si bien las Comunidades Autónomas podrían normar un plazo superior en todo caso no superior a un mes (art. 135.4 LCSP). Durante este plazo la empresa adjudicataria llevará a cabo una serie de trámites para acreditar determinados requisitos necesarios para producir la adjudicación definitiva, pero el plazo de 15 días no es sólo un plazo concedido para la realización de dichos trámites, sino principalmente un tiempo de espera para que el resto de licitadores pueda ejercitar efectivamente sus derechos de recurso frente a la adjudicación provisional. El plazo de 15 días hábiles, por tanto, no podrá reducirse en función de la agilidad de la empresa propuesta adjudicataria en el cumplimiento de los trámites a realizar. (Recuérdese que el plazo se reduce a 10 días cuando el expediente ha sido declarado de tramitación urgente [art. 96.2.b) LCSP].)

Transcurrido el plazo de 15 días hábiles, dentro de los 10 días hábiles siguientes (las CCAA pueden elevar este plazo hasta un mes si así lo establecen normativamente), habiendo cumplido la empresa adjudicataria todas su obligaciones y sin causa legal en contra (recuérdese que la interposición del recurso especial contra el acto de adjudicación provisional, previsto en el art. 37 LCSP, paraliza el expediente sin que pueda procederse a la adjudicación definitiva), se elevará a definitiva la adjudicación (art. 135.4 LCSP) perfeccionándose el contrato.

Obviamente, tras la adjudicación comienza la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado. Al respecto, la LCSP adolece de

---

(48) El incumplimiento de estos plazos otorgará el derecho de los licitadores a retirar sus propuestas.

intentar corregir los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas (49). Especialmente significativas son las previsiones de modificados que contemplan los artículos 202.1, 217 o 233 LCSP, que no parecen guardar coherencia con la Directiva 2004/18 en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*) en la que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato. Y es que la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurran los requisitos habilitante, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato (la previsión del 202.2 LCSP se presenta como principal «límite» a modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación).

En cuanto a los supuestos en que estamos en presencia de una nueva adjudicación debe destacarse la reciente STJCE de 19 de junio de 2008 (*presstext Nachrichtenagentur GmbH*) ha declarado que esto no sucede cuando:

«El término "adjudicar", empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

2) El término "adjudicar", empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

3) El término "adjudicar", empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado

---

(49) Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. cit., p. 159.

en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular».

Sí que existirá sin embargo una nueva adjudicación, cuando las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido del Derecho comunitario cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la STJCE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46). La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.



# **LA CONTRATACION ELECTRÓNICA EN LA LCSP. ANÁLISIS Y UNA RESPUESTA: ¿ES POSIBLE OBLIGAR A LOS LICITADORES A LICITAR POR MEDIOS ELECTRONICOS?**

JAIME DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA

**SUMARIO:** I. ELEMENTOS QUE COMPONEN LA CONTRATACION ELECTRÓNICA: 1. Planteamiento filosófico. 2. Aceptación de certificaciones electrónicas. 3. El Perfil de Contratante. 4. Reducciones de plazos. 5. La subasta electrónica (art. 132). 6. Los Sistemas dinámicos de Contratación (art. 183 y sig.). 7. La notificación electrónica. 8. La garantía provisional. 9. La factura electrónica. 10. La firma electrónica reconocida.— II. LA LICITACIÓN ELECTRÓNICA: 1. ¿Es posible la licitación electrónica? 2. Primer elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: la incidencia de los virus informáticos. 3. Segundo elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: el momento en que se considera entregada la oferta. 4. Tercer elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: los formatos electrónicos admitidos en las ofertas. 5. El impulso definitivo para la contratación y la licitación electrónica: la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. 6. ¿Puede ser obligatoria la licitación electrónica?

**RESUMEN:** En este artículo, el autor hace un análisis general de las diferentes aspectos que en materia de contratación pública electrónica regula la nueva ley de contratos de sector público, deteniéndose especialmente en el análisis de momento estelar en cualquier contratación administrativa: la licitación. En este sentido, analiza diferentes elementos determinantes a la hora de conseguir un mayor o menor éxito en la implantación de la licitación electrónica y concluye respondiendo positivamente a la pregunta de si es posible obligar a los licitadores a enviar sus ofertas por medios electrónicos.

**Palabras clave:** contratación electrónica; licitación electrónica; notificación electrónica; firma electrónica reconocida; perfil de contratante; subasta electrónica; sistema dinámico de contratación.

**ABSTRACT:** In this article, the author analyses different issues about the scope of the Spanish new Contracting Law on regard of eProcurement processes. The author focuses in what can be considered the main stage of the contracting activity, i.e., the electronic tendering process. Among other issues, the author gives his opinion about the key factors leading to success in the electronic procurement of mastermind services. Finally,

*the author addresses one last important issue: ¿Can electronic tendering be compulsory? The author's opinion is positive to this particular regard.*

*Key words: eProcurement; electronic tendering; electronic notification; electronic signature; contracting authority profile; electronic auctions; dynamic purchasing system.*

En estas reflexiones que quiero hacer en voz alta —aunque sea utilizando para ello la escritura—, quiero llevar a vuestro ánimo la inquietud y el interrogante —y también, lógicamente mi respuesta al mismo— de conocer si podemos realmente dar un impulso al elemento troncal de la contratación pública electrónica: la licitación electrónica.

Respecto a su troncalidad, coincidiréis conmigo en que no tendría sentido introducir a nuestras administraciones y a nuestros administrados en un cambio tan importante como el que supone el paso de la contratación tradicional a la electrónica, si nouviésemos el objetivo irrenunciable de conseguir que la culminación de la misma se realice por estos medios electrónicos. Es por todos conocido que es la oferta el eje sobre el que gira la contratación administrativa y su razón de ser; sin ofertas no habría contratación administrativa.

De nuestra experiencia —no olvidemos que desde que en Octubre de 2005 obtuvimos la primera licitación plenamente electrónica hemos tramitado expedientes de licitación electrónica por valor de 130 millones de euros— podemos concluir que la situación de convivencia de las ofertas electrónicas con las ofertas tradicionales a papel inclina indefectiblemente la balanza hacia estas últimas, y no es sino con un gran esfuerzo de información, formación, comunicación y soporte a nuestros funcionarios y hacia nuestros licitadores, como conseguimos un dignísimo porcentaje de ofertas electrónicas, que se cifra en un tercio de las mismas.

Si nos relajáramos, si abandonásemos a su suerte a estos dos colectivos, siendo voluntaria como es la licitación electrónica —y a pesar de ser mucho mejor para todos que la manual— estoy convencido que la comodidad y la famosa ley del mínimo esfuerzo, en estos momentos de escasa utilización de los medios electrónicos —no ya en la administración sino en la sociedad misma—, nos encontraríamos en un serio riesgo del muerte lenta de la misma por inanición.

Es por ello que es importante respondernos a la pregunta de si es posible jurídicamente imponer a nuestros licitadores la obligatoriedad de licitar electrónicamente en nuestras contrataciones electrónicas. La respuesta a esta pregunta es el objeto central de estas reflexiones.

Con fecha 19 de Febrero de 2007, durante la tramitación en el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público tuve la oportunidad de comparecer ante la Comisión de Administraciones Públicas que lo estaba tramitando, y ante sus señorías tuve la ocasión de ofrecerles mi visión respecto al contenido que en materia de contratación pública electrónica contenía el entonces proyecto de ley, proponiéndoles —con mejor o peor suerte— diferentes sugerencias que luego se concretaron en diversas enmiendas. (Si tenéis interés en conocer el contenido completo de mi comparecencia lo podéis hacer en la página Web del congreso, a través del enlace [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO\\_748.PDF#page=37](http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_748.PDF#page=37)). En Dicha comparecencia me permitía definir esta problemática de la posibilidad real de obligar a licitar electrónicamente como el nudo gordiano de la contratación pública electrónica. Nótese que hablo de posibilidad REAL y no solamente de una posibilidad teórica o aparente.

## **I. ELEMENTOS QUE COMPONEN LA CONTRATACION ELECTRÓNICA**

Previamente a responder a esta pregunta capital para una implantación extensiva de la contratación pública electrónica, no puedo por menos que hacer un análisis, siquiera superficial, del resto de elementos que componen la contratación pública electrónica en una visión global para una mejor y más cabal comprensión de la misma.

### **1. Planteamiento filosófico**

De la importancia de la introducción de técnicas telemáticas, electrónicas e informáticas en la contratación da fe el hecho de que las Directivas Europeas definen —textualmente— en sus considerandos que «las nuevas técnicas electrónicas de compra amplían la competencia y mejoran la eficacia, ahorran tiempo y dinero y por lo tanto suponen la utilización OPTIMA de los fondos públicos». En consecuencia, la LCSP «opta por la PLENA inserción de los medios electrónicos en el ámbito de la contratación pública».

Por su parte, el Plan de acción sobre administración electrónica i2010 —que culmina otra serie de iniciativas anteriores— define a la contratación pública electrónica como un «servicio clave de gran impacto para ciudadanos y empresas» y afirma que será «la primera aplicación objeto de atención». Por ello, los Estados Miembros se han comprometido a poner a todas las administraciones públicas de Europa en condiciones de efectuar por vía electrónica el 100% de su contratación —al menos de la que supere el umbral comunitario— y a garantizar que, aunque sigan conviviendo en los mismos

expedientes de contratación con los medios tradicionales de ofertas a papel, al menos el 50% de las ofertas se efectúen realmente por vía electrónica para el año 2010.

## **2. Aceptación de certificaciones electrónicas**

La LCSP admite la plena validez de los certificados expedidos por medios electrónicos, sin que para ello haya que acudir a la norma general, es decir, a la Ley 30/1992 de Procedimiento administrativo —desarrollada por el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero—, que, por cierto, ya lo permitía plenamente o la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Su aceptación queda plenamente reafirmada para los certificados de los Registros de Licitadores o Contratistas —Tanto desde el punto de vista de su expedición (art. 72.2), como desde el punto de vista de su aceptación por lo órganos de contratación (art. 130.3)—, de las garantías —tanto de la definitiva (art. 84.3), como de la provisional (art. 91)— y de la documentación jurídica y demás (art. 135.4).

## **3. El Perfil de Contratante**

El Perfil de Contratante, regulado entre otros en el art. 42, es un conjunto de informaciones que sobre la acción contractual de las diferentes administraciones se quieren poner a disposición de los licitadores mediante un acceso sencillo y rápido a través de Internet, con el objetivo de asegurar la transparencia de la actividad contractual.

El Perfil es obligatorio para todos los órganos de contratación y puede incluir:

Los anuncios de información previa; anuncios que pueden publicarse exclusivamente en el Perfil de Contratante.

Otro tipo de informaciones sobre las licitaciones en curso y su documentación, las contrataciones programadas, los procedimientos anulados, los contratos adjudicados, la forma de comunicarse con el órgano de contratación, así como cualquier otro dato e información de interés para la actividad contractual.

... pero deberá obligatoriamente incluir:

La información sobre todas las adjudicaciones provisionales de los contratos. Estas se deben de notificar a los licitadores y han de publicarse en el Perfil de Contratante (art. 135.3) en relación con el art. 42.2 último inciso. Sin embargo, es la fecha de publicación en el Perfil, y no la de la notifica-

ción, la que sirve de inicio del computo de los plazos para presentar el recurso especial en materia de contratación (art. 37.6) y para poder elevar la adjudicación a definitiva (art. 135.4).

Los anuncios de licitación. La publicación por este medio de todos los anuncios de licitación es obligatoria, pero, además, según el art. 161.2, en determinados contratos la publicación en el Perfil de Contratante sustituye a la del BOE/BBOCCAA (art. 126.4 segundo inciso).

Las adjudicaciones definitivas. Todas las adjudicaciones definitivas han de publicarse en el Perfil de Contratante y en determinados contratos bastará con su publicación en él (art. 138.2).

Los acuerdos marco celebrados (art. 181.2).

... incluyendo informaciones, también, de los Poderes Adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública (arts. 174 y 175).

#### **4. Reducciones de plazos**

La utilización de medios electrónicos en la contratación administrativa puede tener como efecto positivo evidente la reducción de los plazos de tramitación de los expedientes.

Estas reducciones se pueden dar en contrataciones superiores al umbral comunitario y, sin duda, serán muy apreciadas por lo gestores de los procedimientos y por los órganos de contratación.

Para que podamos reducir el plazo en cinco días, el poder adjudicador ha de ofrecer acceso sin restricción, directo y completo por medios electrónicos, a partir de la misma fecha de publicación del anuncio, a los pliegos de condiciones y a cualquier documentación complementaria, especificando en el texto del anuncio la dirección de Internet en la que dicha documentación pueda consultarse (art. 38. 6 de la Directiva 2004/18/CE). Si tenemos en cuenta que esos anuncios los hemos de publicar obligatoriamente en el perfil de contratante, parece de todo punto de vista absurdo que no lo hagamos cumpliendo estos requisitos y, por lo tanto, pudiéndonos acoger a esta reducción de plazos.

Para que podamos reducirlo en siete días más, el formato y las modalidades de envío deberán ser los del apartado 3 del anexo VIII de la Directiva 2004/18/CE, que están disponibles en <http://simap.eu.int>.

Es de destacar que estas dos reducciones de plazos pueden acumularse —en general—.

## **5. La subasta electrónica (art. 132)**

Según el art. 54.1 de la Directiva 2004/18/CE, su puesta en marcha es optativa para las legislaciones nacionales, pero la LCSP la contempla como posible y su utilización será optativa para los órganos de contratación. En la subasta electrónica todo el proceso es exclusivamente electrónico.

La subasta electrónica no es un procedimiento de contratación, sino que es una fase que se puede dar en algunos de ellos, concretamente en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en algunos negociados. El motivo es lógico: las especificaciones de lo que se pretende contratar han de establecerse previamente de manera precisa. Se puede utilizar también en los acuerdos marco (art. 182.4.d) y en los Sistemas Dinámicos de Contratación (art. 186.3).

No es una forma de adjudicación en el sentido de la anterior ley de contratos, sino que se asemeja al concepto civil de la subasta, ya que es un proceso repetitivo para la presentación de mejoras a las ofertas presentadas. Mejoras que obligatoriamente han de realizarse por medios telemáticos.

Los elementos de la mejora han de ser cuantificables automáticamente, pero no están restringidos al precio, y antes de proceder a solicitar las mejoras de las ofertas mediante la subasta electrónica, el órgano de contratación ha de efectuar una primera evaluación completa de las ofertas de conformidad con los criterios de adjudicación.

Como seguramente el lector ya habrá deducido, no es posible realizar subastas electrónicas si estas no se realizan por medios exclusivamente electrónicos.

## **6. Los Sistemas dinámicos de Contratación (art. 183 y sig.)**

Previstos en el art. 33.1 de la Directiva 2004/18/CE, su puesta en marcha es optativa para las legislaciones nacionales y la nueva LCSP los contempla como posibles y optativos para los órganos de contratación.

En El SDC, que se desarrollará de acuerdo con las normas del procedimiento abierto a lo largo de todas sus fases y cuya duración máxima será de 4 años, existe una (varias) base(s) de datos con las ofertas indicativas de cualquier licitador que quiera optar a las diferentes tipologías de contratos que puedan realizarse mediante este sistema —siempre, claro está, que cumpla con las condiciones requeridas—. La oferta indicativa se puede presentar —y mejorar— en cualquier momento de vigencia del mismo.

Para cada contrato específico que se pretenda adjudicar, deberá existir una licitación ad hoc, en la que hay que invitar a todos los inscritos en el

SDC, y en los contratos por encima del umbral comunitario, además, hay que remitir al DOUE un anuncio simplificado para que cualquier interesado pueda formar parte del SDC.

Tampoco en este caso se pueden utilizar los sistemas dinámicos de contratación si no realizamos toda su tramitación —interna y externa— por medios exclusivamente electrónicos.

## **7. La notificación electrónica**

Si la LCSP no dijera nada en relación a la validez de las notificaciones electrónicas en los procedimientos de contratación administrativa, no por ello dejarían de tener validez (así lo prevé la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos). No obstante, la LCSP ha querido despejar cualquier incertidumbre —interesada, sin duda— y en su Disp. Ad. Decimoctava autoriza expresamente la posibilidad de realizar notificaciones electrónicas.

## **8. La garantía provisional**

La LCSP suprime la obligatoriedad de la garantía provisional (art. 91.1), por lo que su exigencia será siempre potestativa. Esta nueva circunstancia es de gran importancia y facilita la implantación de la contratación pública electrónica, dado que, aunque técnicamente es posible, y aunque en la actualidad en el Gobierno Vasco ya hemos conseguido algunas, es muy complicado conseguir de las entidades bancarias la emisión de garantías electrónicas.

## **9. La factura electrónica**

La LCSP autoriza la utilización de facturas electrónicas (D. Ad. 19.2), pero, además, para la Administración del Estado en su sentido más amplio —la norma habla de «Sector Público Estatal»—, declara la OBLIGATORIEDAD de la facturación electrónica para todas sus empresas contratistas, en diferentes plazos (Disposición Final 9ª).

## **10. La firma electrónica reconocida**

¿Cómo se garantiza la seriedad y rigurosidad de las contrataciones realizadas por medios electrónicos? De una manera absoluta, mediante el uso de la Firma Electrónica Reconocida (Disposición Adicional 19.1.f).

A mí me suele gustar destacar que existen diez ventajas de la Firma Electrónica Reconocida en relación con la manuscrita y, en cualquier caso, es obligado recordar que, tanto la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica —en su art. 3.4—, como la Directiva 1999/93/CE, de Firma Electrónica —en su art. 5.1—, prevén que la Firma Electrónica Reconocida tiene, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita y que, por lo tanto, son perfectamente admisibles en juicio con el carácter de prueba documental —que recordemos es la forma más sólida de prueba— (art. 5.1 Directiva y 3.8 Ley).

## II. LA LICITACIÓN ELECTRÓNICA

### 1. ¿Es posible la licitación electrónica?

Licitación electrónicamente significa que todo el proceso de envío, recepción y apertura de las ofertas se pueda realizar por medios informáticos. Es, por lo tanto, la culminación y el fin en sí mismo de cualquier modelo de contratación pública electrónica que podamos implantar.

La Disposición Adicional decimoctava de la LCSP posibilita que las comunicaciones e intercambios de información entre las administraciones y sus licitadores se puedan realizar por medios electrónicos, telemáticos o informáticos. Con mejor o peor intención habrá personas que se pregunten si dentro de esas comunicaciones e intercambios, ¿estarán incluidas las ofertas?

Podríamos afirmar que sí con rotundidad sin miedo a equivocarnos, solamente por el hecho de que no estén excluidas y por lo tanto son perfectamente posibles, pero por si queda alguna duda de la posibilidad de realizar ofertas telemáticas veamos la reiteración con que tanto la Directiva 2004/18/CE como la LCSP lo explicitan.

Así, en el artículo 42 de la Directiva:

- ap. 3 ...que se garantice... la confidencialidad de las ofertas
- ap. 3 ...que los poderes adjudicadores no conocerán el contenido de las ofertas...hasta que expire el plazo
- ap. 5 Para los dispositivos de transmisión y recepción electrónica de las ofertas ...se aplicarán las normas siguientes...
- ap. 5a ...la información relativa a las especificaciones necesarias para la presentación electrónica de las ofertas deberá estar a disposición de todas las partes interesadas



- ap. 5a ...los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas ... deberán ser conformes con los requisitos del anexo X
- ap. 5b ...los Estados Miembros podrán exigir que las ofertas transmitidas por vía electrónica vayan acompañadas de una Firma Electrónica Avanzada
- ap. 5d ...los candidatos se comprometerán a presentar los documentos..., antes de que expire el plazo previsto para la presentación de ofertas

Igualmente en las Disposiciones Adicionales Decimoctava y Decimonovena de la LCSP:

- Disp. ad. 18.3 ...que se garantice ... la confidencialidad de las ofertas
- Disp. ad. 18.3 ...que se garantice ... que el contenido de las ofertas no será conocido hasta después de finalizado el plazo
- Disp. ad. 19.1.b La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán estar a disposición de todas las partes interesadas...
- Disp. ad. 19.1.c Los programas y aplicaciones necesarias para la presentación electrónica de las ofertas ... deberán ser de amplio uso.
- Disp. ad. 19.1.g Los licitadores deberán presentar los documentos ...antes de que expire el plazo previsto para la presentación de ofertas

Como vemos, estas dos normas lo reiteran nada más y nada menos que doce veces. No hay duda, por lo tanto de la posibilidad de su utilización.

En esos artículos que hemos analizado previamente encontraremos los requisitos que han de cumplir los modelos de contratación pública electrónica que quieren poder recibir ofertas electrónicas, pero hay tres condiciones menores del ámbito jurídico-procedimental para poder admitir licitaciones electrónicas: que ello haya sido autorizado por el órgano de contratación, que conste así en los pliegos de bases administrativas y que haya una página Web con la que «interactuar» telemáticamente.

Otra pequeña, pero no menos importante, condición fáctica es que el Modelo de contratación pública electrónica tenga capacidad para admitir —encriptando, recibiendo, etc.— los tamaños de oferta que los licitadores precisen. La implantación de la licitación electrónica no debe, ni puede, ni tiene por que ir en contra de la calidad de la oferta. Esta ha de ser la que la empresa

licitadora desee hacer llegar a la administración y no verse condicionada por limitaciones tecnológicas de la Administración. Esto no obsta para que tanto las Administraciones como los licitadores no tengan que aplicar una serie de buenas prácticas para no pedir ni enviar lo innecesario.

## **2. Primer elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: la incidencia de los virus informáticos**

Posiblemente, el punto más débil de un Modelo de contratación pública electrónica es la incidencia que los virus informáticos pueden tener en el mismo, especialmente si «atacan» determinadas fases del procedimiento —pensemos el problema que se nos puede generar si invalidan alguna oferta enviada electrónicamente—.

Es una realidad a la que no nos podemos sustraer y que hay que tratar convenientemente para minimizar —quien pudiera pensar en anular— sus posibles efectos. Hablamos de informática y todos sabemos que el riesgo de los virus existe.

Todos los ordenamientos que lo han tratado tienen como principio fundamental el hecho de que los documentos que se envíen telemáticamente han de enviarse libres de virus y que es responsabilidad del licitador que ello sea así (entre otros la Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco, sobre tramitación telemática de determinados procedimientos y actuaciones previstas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas —art. 16.1— y la Orden EHA/1307/2005 del Ministerio de Economía y Hacienda, de 29 de abril, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se regula el empleo de medios electrónicos en los procedimientos de contratación —art. 4.5-).

Veamos qué alternativas complementarias han tomado diferentes Modelos de contratación pública electrónica:

- a. Política del avestruz. Ha habido Modelos que no han dedicado un solo precepto legal a esta problemática. Las probabilidades de éxito de esta política son cero. Aunque pretendamos ignorarla, ésta es una incidencia que sin ningún género de dudas se nos va a presentar en algún momento, más pronto que tarde, y la generalización de exclusiones de ofertas por este motivo llevarían al traste a la contratación pública electrónica —sobre todo en estos momentos, en los que es optativa y no obligatoria—.
- b. Política de la duda. El Decreto nº 2002/692 de 30 de Abril de 2002, adoptado en aplicación de los números 1 y 2 del artículo 56 del

código de contratos públicos y relativo a la desmaterialización de procedimientos de otorgamiento de contratos públicos franceses, antigua legislación en la materia, decía en su artículo 10 que ante una oferta con virus el comprador público «podrá» decidir sin más su archivo o que se intente leer. Esta estrategia deja en manos de cada mesa de contratación —no necesariamente solvente en esta materia— qué hacer con la oferta, pudiéndose desechar ofertas que a lo mejor podían haberse leído.

La nueva Orden de 28 de Agosto de 2006, relativa a la desmaterialización de los procedimientos de contratación pública, promulgada en aplicación de los artículos 28 y 56 del nuevo Code des Marchés Publics (Código de Contratos Públicos) francés —Decreto nº 2006/975, del 1 de Agosto de 2006— en su artículo 10 mejora algo la redacción anterior, pero desde mi punto de vista no es lo suficientemente clara porque sigue posibilitando la reparación de las ofertas con virus, pero no obliga a intentarlo.

Hay que tener en cuenta que el hecho de que un archivo tenga un virus no tiene necesariamente porque ser culpa del licitador —en muchos casos incluso ignorará que su ordenador está infectado—.

- c. Política del paracaídas. La Orden francesa de 28 de Agosto de 2006, autoriza, también en su artículo 10, a los licitadores a enviar una copia de seguridad de la oferta en un soporte electrónico físico (cd-rom, dvd, memoria usb,...) o a papel. Esta copia de seguridad se presentará en sobre cerrado y podrá ser abierta, por ejemplo, si la oferta electrónica queda inservible por efecto de un virus (art. 11 de la Orden) y se destruirá si no se utiliza.
- d. Política conservacionista. La Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco —art. 16.2— y la Orden EHA/1307/2005 del Ministerio de Economía y Hacienda —art. 4.5—, antes citadas, obligan a que, si el documento infectado con virus se puede leer, se lea y se admita la oferta. No podemos obviar que hay virus muy benignos—la mayoría— que no tienen por qué destruir la información del documento.
- e. Política de minimización del riesgo. La Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco, prevé dos medidas con este fin: propone enviar los documentos en determinados formatos electrónicos —que cita— menos atacados o atacables por los virus (art. 16.3.a), y la existencia dentro de la aplicación de licitación electrónica de «un apartado de licitación de prueba, en el que el licitador podrá testar la fiabilidad del sistema y la posible presencia de virus en los documentos que vaya a enviar (art.16.3.b)».

- f. Política de no perjuicio innecesario a terceros. Con el objetivo de que si, por cualquier contingencia, hay que suspender/anular la mesa de apertura de las ofertas, y con el fin de que no se revelen innecesariamente las posturas de los licitadores que han licitado por el método tradicional a papel, en la Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco —art. 16.3.c— y la Orden EHA/1307/2005 del Ministerio de Economía y Hacienda —art. 6—, se prevé que se abran primero las ofertas recibidas telemáticamente. En ese mismo sentido, la Orden del Gobierno Vasco prevé, además, que no se haga público el resultado de las ofertas telemáticas hasta que no se hayan abierto todas ellas.
- g. Política ideal. El problema reside en que una oferta que se envíe encriptada NO puede ser chequeada en busca de virus en el servidor de la Administración que la recibe. Como, por otra parte, no queremos que la Administración «intervenga» en el ordenador del licitador, sino que pretendemos que éste envíe ya cifrada su oferta desde el momento en que la empieza a enviar vía Internet, la mejor solución —aunque técnicamente complicada— es que cuando el licitador se «baja» —informáticamente hablando— del servidor de la Administración los componentes necesarios para encriptar la oferta, también se baje un antivirus que obligatoriamente le chequee en su ordenador la oferta antes de encriptarla. Si optamos porque sea el servidor de la administración el que chequee la oferta antes de ser encriptada, puede haber alguna persona malintencionada que «filtre» la oferta y ello supondría —además de un delito— el principio del fin de nuestro proyecto de contratación pública electrónica.

En la comparecencia ante el Congreso de los Diputados que he comentado al principio de este artículo decía yo textualmente sobre este particular de los virus:

«Hemos de partir del hecho de que la presencia de virus informáticos en un documento no necesariamente ha de ser conocida o querida por el emisor del citado documento. Quiere esto decir que hemos de ser benévolos en las propuestas de solución. No creo que el rango jurídico apropiado para tratar el problema de los virus informáticos sea precisamente una norma con rango de ley. No obstante, sí que creo que en los considerandos del Proyecto de Ley se ha de introducir alguna referencia al compromiso inequívoco de minimizar el problema en la regulación reglamentaria posterior. La política ideal no existe, hay soluciones parciales que nosotros hemos implantado, pero es un problema real sobre el que hay que reflexionar en profundidad.»

Esta reflexión se plasmó en una enmienda a la exposición de motivos del Proyecto de LCSP, proponiendo añadir un segundo párrafo al considerando IV punto 3 que dijera:

«Al objeto de minimizar las incidencias que los virus informáticos puedan suponer en las diferentes transacciones telemáticas que la ley prevé, y especialmente en las ofertas electrónicas, habrá que desarrollarse reglamentariamente estrategias y medidas que las reduzcan».

La enmienda no se aceptó en su literalidad, pero su espíritu sí, y con ello se ha añadido una 2ª parte al apartado 1.d de la Disposición adicional decimonovena, en la que se prevé que los sistemas de comunicaciones «deberán asimismo ofrecer suficiente seguridad, de acuerdo con el estado de la técnica, frente a los virus informáticos y otro tipo de programas o códigos nocivos, pudiendo establecerse reglamentariamente otras medidas que, respetando los principios de confidencialidad e integridad de las ofertas e igualdad entre los licitadores, se dirijan a minimizar su incidencia en los procedimientos».

### **3. Segundo elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: el momento en que se considera entregada la oferta**

En el sistema tradicional de presentar ofertas, cuando el licitador está en la ventanilla, le «toca» su turno de ser atendido y «empieza» a entregar el sobre con la oferta, en un milisegundo «acaba» de entregarlo. Sin embargo en un envío de un documento de varios Megabytes esto no va a ser así. ¿Qué pasa sí entre ese «empezar» y ese «acabar» vence el plazo de entrega? Lo más importante es que el sistema de contratación pública electrónica prevea qué pasa en este caso, y no lo deje al «buen —o mal— entender» de la mesa de contratación.

Veamos las tres políticas que se pueden implementar:

- a. Política estricta o «que hubiera empezado antes». Sólo se entenderá recibida la oferta si es recibida totalmente dentro del plazo de presentación de ofertas. No favorece la licitación electrónica y no es razonable ni estrictamente necesaria.
- b. Política posibilista —antes de la LCSP—. La Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco que hemos visto antes —en su art. 11.2— señala que «se entenderá cumplido el plazo si se inicia la transmisión dentro del mismo y finaliza con éxito —aunque sea con posterioridad a la finalización del plazo de presentación».
- c. Política del doble momento. El Decreto francés 2002/692 de 30 de Abril de 2002 distinguía en su artículo 4 entre la recepción de lo

que denomina la «Firma Electrónica Segura» —muy rápida de transmitir—, y el envío de la oferta en si misma —cuyo envío puede ser más lento—. La primera debe de enviarse dentro del plazo general de presentación de ofertas; para el plazo de envío de la segunda, cada «responsable del contrato» fijará en el anuncio de licitación el tiempo suplementario de presentación respecto a la primera, lo que, en ningún caso, superará las 24 horas.

Basándome en esa experiencia francesa, que considero de gran interés, tanto en la comparecencia como a través de una enmienda propuse introducir en la LCSP un nuevo segundo apartado en el artículo 127 que dijera:

«En la presentación de ofertas que se realice de manera telemática, y para evitar todo retraso consecuencia de los azares de la transmisión electrónica que podrían tener lugar, las ofertas se podrán enviar en la forma de un doble envío. En primer lugar, los licitadores transmitirán su intención de presentar una licitación electrónica en un documento validado por su firma electrónica reconocida. La recepción de esta firma señalará una fecha y hora cierta de recepción de la oferta. En segundo lugar, se transmitirá, también autenticada por su firma electrónica reconocida, la oferta misma en un plazo máximo de 24 horas»

No con la misma dicción, ni modificando el mismo artículo, pero sí se ha recogido esta estrategia en la LCSP, cuanto se ha añadido una 2ª parte en el apartado 1.h de la Disposición adicional decimonovena, que recoge que:

«En los procedimientos de adjudicación de contratos, el envío por medios electrónicos de las ofertas podrá hacerse en dos fases, transmitiendo primero la firma electrónica de la oferta, con cuya recepción se considerará efectuada su presentación a todos los efectos, y después la oferta propiamente dicha en un plazo máximo de 24 horas; de no efectuarse esta segunda remisión en el plazo indicado, se considerará que la oferta ha sido retirada»

Esta doble transmisión que posibilita le LCSP en las licitaciones electrónicas no amplía el plazo que el licitador tiene para preparar su oferta. Esto queda radicalmente garantizado porque el licitador ha de enviar antes del final del plazo de presentación de ofertas la función hash de su oferta (también denominada huella digital o compendio de mensaje o resultado control o función resumen). Lo único que le permite la LCSP es disponer de más plazo para su envío por medios electrónicos, previendo alguna dificultad que se pueda dar en la transmisión de su oferta, derivada de las condiciones de la red, del tamaño de la oferta, etc., ampliando el plazo del envío.

#### **4. Tercer elemento de éxito o fracaso de la licitación electrónica: los formatos electrónicos admitidos en las ofertas**

Otra cuestión que hay que regular son los formatos electrónicos en los que se admiten las ofertas. En efecto, los formatos de los documentos —estamos hablando, por ejemplo de .doc para los documentos de Word o .gif para determinados ficheros gráficos— en principio pueden ser infinitos. Yo podría inventarme un programa que cree determinados ficheros que solamente se puedan leer con ese mismo programa.

Pero, sin irnos tan lejos, no es posible pensar que una Administración —ni ninguna otra organización—, por muy tecnificada que esté, pueda leer toda la gran cantidad de diferentes formatos que existen en el mercado informático.

Para evitar volver «a poner en un brete» a la mesa de contratación, no podemos volver a aplicar la política del avestruz, y hay que especificar los formatos electrónicos que se van a admitir en las licitaciones, de dos maneras posibles:

- a. Relacionando los formatos que se admiten con carácter general para cualquier licitación, como hace el art. 15.1 y 2 de la Orden de 16 de Agosto de 2004 del Gobierno Vasco.
- b. Regulando que cada órgano de contratación deba de concretar en cada pliego de contratación los formatos que se admiten en dicha licitación, como hace la Orden EHA/1307/2005 del Ministerio de Economía y Hacienda en su art. 3.4. En cualquier caso, en ese mismo artículo, se acota que los formatos deben de ser conformes a los estándares abiertos que contiene el anexo a la propia Orden.

Lo que no es en absoluto de recibo es lo previsto en el Vademécum jurídico francés de la contratación pública electrónica, que concluye que se tendrán que rechazar todos los documentos que no vengan en los formatos permitidos, aunque se pueda acceder al contenido de los mismos. Entiendo plenamente razonable que no haya que admitir formatos sin limitación, pero de eso a rechazar de plano formatos que el licitador se ha podido olvidar de incluir en la lista de admisibles el órgano de contratación y para los que incluso tengo el ejecutable que los lee, hay un trecho que no se debe recorrer.

Aunque el anteproyecto de LCSP no lo contenía, puede ser que a raíz de una intervención que tuve en algún foro de la editorial de La Ley en la que estaba el redactor del Anteproyecto —sin que me quiera colgar medallas inmerecidas, y si fuera así pido disculpas—, el Proyecto —y la propia Ley— incor-

poró un nuevo apartado i a la Disposición adicional decimonovena —yo era más partidario de modificar directamente el artículo 129 añadiéndole un nuevo apartado 6—, que dice lo siguiente:

«Los formatos de los documentos electrónicos que integran los expedientes de contratación deberán ajustarse a especificaciones públicamente disponibles y de uso no sujeto a restricciones, que garanticen la libre y plena accesibilidad a los mismos por el órgano de contratación, los órganos de fiscalización y control, los órganos jurisdiccionales y los interesados, durante el plazo por el que deba conservarse el expediente. En los procedimientos de adjudicación de contratos, los formatos admisibles deberán indicarse en el anuncio o en los pliegos»

## **5. El impulso definitivo para la contratación y la licitación electrónica: la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos**

Mi impresión personal es que la Ley de Contratos del Sector Público no ha ido todo lo lejos en materia de contratación y licitación electrónica como debiera de haber ido. Es cierto que he regulado cosas importantes, como podéis comprobar analizando estas reflexiones que tenéis en vuestras manos, pero, desde mi punto de vista, se ha quedado demasiado en la superficie de los problemas, sin atacarlos a fondo, sin aportar soluciones aplicables

Sin embargo, y afortunadamente, esta otra ley que vamos a analizar ahora, que también forma parte del corpus jurídico que hemos de aplicar cuando las administraciones públicas contratamos, sí que ha dictado medidas que nos van a permitir —obligar, me atrevería a decir— una implantación potente de la contratación pública electrónica. Por su interés con el objetivo que quiero conseguir —demostrar la irreversibilidad y la necesidad de la contratación pública electrónica— voy a desgranar algunos de los aspectos de la Ley 11/2007.

Esta Ley empieza por reconocer que «las tecnologías de la información y las comunicaciones están afectando también muy profundamente a la forma e incluso al contenido de las relaciones de los seres humanos entre sí y de las sociedades en que se integran». En esa perspectiva, una Administración a la altura de los tiempos en que actúa tiene que acompañar y promover en beneficio de los ciudadanos el uso de las comunicaciones electrónicas. Estos han de ser los primeros y principales beneficiarios del salto. Para el legislador, «la administración queda obligada a transformarse en una administración electrónica», eficaz, añadiría yo.

Al hilo de esta apreciación, no podemos olvidar que en una contratación administrativa hay diferentes momentos en los que la posición de la



Administración y de las empresas que licitan es diferente. Bien es cierto que los adjudicatarios del contrato se conviertan en proveedores de la Administración —y por lo tanto ésta es su cliente— y que han de satisfacer sus necesidades, pero en las primeras fases de la contratación —hasta la adjudicación— la situación es justo la contraria, ya que los licitadores, como ciudadanos y sujetos impositivos que son, son a su vez clientes de la propia Administración, la cual ha de estar a su servicio. Por lo tanto, también los licitadores han de ser los primeros y principales beneficiarios de la implantación de la contratación pública electrónica: hacia ellos ha de estar orientada.

Esta Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, destaca como ha habido avances en la materia, y cita diversos ejemplos, aunque se reconoce que el desarrollo de la administración electrónica es todavía insuficiente.

Y es insuficiente en buena medida porque las previsiones de esos artículos 38, 45 y 59 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común son facultativas para las diferentes Administraciones Públicas. Por ello la Ley 11/2007 «pretende dar el paso del podrán —las Administraciones— al deberán». El servicio al ciudadano exige «consagrar su derecho a comunicarse con la Administración por medios electrónicos».

En consecuencia, el propio artículo 1 de la Ley 11/2007, al definir el objeto de la misma, expresa que «la presente Ley reconoce el DERECHO de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos». Y consecuentemente se genera la obligación para las Administraciones Públicas de posibilitar el ejercicio de ese derecho.

La Ley 11/2007 amplía el precepto que seguramente ha sido el más incumplido por las diferentes Administraciones. Me estoy refiriendo a la previsión del artículo 35.f de la Ley 30/1992, cuando configuraba como un derecho del ciudadano «el no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante». Pues bien, la Ley que ahora estamos analizando amplía este facultad de los ciudadanos, al configurar como un derecho de los mismos «el no aportar datos y documentos que obren en poder de las Administraciones Públicas» (art. 6.2.b Ley 11/2007). Esperemos que no vuelva a convertirse en papel mojado.

Para garantizar ese derecho de los ciudadanos, las Administraciones Públicas recabarán esa información por medios electrónicos a las Administraciones poseedoras de los mismos, siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados.

Esta Ley también acaba con otra práctica absurda a la que nos veíamos obligados a someternos las Administraciones Públicas cuando, al publicar nuestros Boletines Oficiales en Internet nos veíamos en la obligación de aclarar que esa publicación no era más que una copia y que lo que «de verdad» valía era su publicación a papel. El artículo 11 Ley 11/2007 acaba con esta mala práctica al prever que «la publicación de los diarios o boletines oficiales en las sedes electrónicas de la Administración, Órgano o Entidad competente tendrá, en las condiciones y garantías que cada Administración Pública determine, los mismos efectos que los atribuidos a su edición impresa». Yo animo a todas las Administraciones Públicas a «pasar al ataque» y a prescindir de esta última; ¡el que lo necesite que imprima el Boletín Oficial telemático! Para el envío automático —y por lo tanto sin errores— de anuncios a los diversos boletines oficiales en las diferentes fases de los procedimientos de contratación, esta previsión legal es muy importante.

Con esta misma orientación, la Ley también da carta de naturaleza jurídica al expediente administrativo electrónico, no como una copia o reflejo del expediente a papel, sino con entidad en sí mismo. Así, en su artículo 32 define al expediente electrónico como «el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan».

Dentro de ese expediente electrónico, la Ley autoriza, obviamente, a almacenar por medios electrónicos todos los documentos utilizados en sus actuaciones administrativas. (art. 31). La Ley autoriza a que esos documentos se archiven en su formato original o en otro tipo de formato, siempre que en este caso se garantice la identidad y la integridad del documento. Esto autorización tiene gran importancia, especialmente en expedientes de contratación pública electrónica, pero no sólo en ellos, en un doble sentido:

- a. En primer lugar, porque si pensamos en ofertas que han sido encriptadas contra determinadas claves públicas de certificados de firma electrónica reconocida, si guardamos las ofertas en ese mismo formato, cada vez que quisiéramos desencriptarlas necesitaríamos disponer de las claves privadas de los certificados de firma electrónica reconocida contra los que se encriptaron, lo que teniendo en cuenta que los certificados caducan deviene imposible a largo plazo.
- b. En segundo lugar, porque los formatos van evolucionando a lo largo del tiempo, pudiendo incluso desaparecer las aplicaciones que los podían interpretar y leer.

Vinculado al archivado digital, como parte inherente al expediente electrónico, la Ley 11/2007 regula también las copias electrónicas. En especial, nos interesa conocer que su artículo 30 admite como parte del expediente

electrónico a los documentos originariamente en formato papel, mediante su digitalización o escaneo. Así, podrán formar parte del expediente digital:

- a. Las copias realizadas por las Administraciones Públicas, utilizando medios electrónicos, de documentos emitidos originalmente por las Administraciones Públicas en soporte papel. En este caso tendrán la consideración de copias auténticas siempre que se cumplan los requerimientos y actuaciones previstas en el artículo 46 de la Ley 30/1992.
- b. Las copias —imágenes electrónicas— de los documentos privados aportados por los ciudadanos. Las Administraciones Públicas las podrán obtener con su misma validez y eficacia, a través de procesos de digitalización que garanticen su autenticidad, integridad y la conservación del documento imagen. Esta obtención podrá hacerse también de forma automatizada.

En este caso y en el anterior, podrá procederse a la destrucción de los originales en papel en los términos y con las condiciones que por cada Administración Pública se establezcan.

La Ley de Contratos del Sector Público también ha dicho algo sobre las copias electrónicas, y concretamente en su Disposición adicional decimonovena —que es la que regula el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley—, apartado 1.h 3ª parte, regula que «las copias electrónicas de los documentos que deban incorporarse al expediente, autenticadas con la firma electrónica reconocida del órgano administrativo habilitado para su recepción surtirán iguales efectos y tendrán igual valor que las copias compulsadas de esos documentos».

¿Y se pone fecha al nacimiento efectivo de ese derecho que se reconoce a los ciudadanos a poder relacionarse con la administración por medios electrónicos o solamente es un desideratum?

Sí, sorprendentemente sí se pone fecha. La Disposición final tercera prevé que en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes, ese derecho se podrá ejercer en relación CON LA TOTALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS y actuaciones de su competencia a partir del 31 de Diciembre de 2009 —fecha coincidente como podemos comprobar con la de la iniciativa europea i2010—.

Quiere esto decir que a partir de esa fecha podría llegar a ser reclamado ese derecho en sede judicial si, por ejemplo, no se le da a los licitadores la posibilidad de licitar electrónicamente en los contratos administrativos de los órganos de contratación de la administración del estado.

Para el resto de las Administraciones, tanto del ámbito de las Comunidades Autónomas como de la Administración Local, se señala esa misma fecha

del 31 de diciembre de 2009, pero condicionada en este caso a que se lo permitan sus respectivas disponibilidades presupuestarias. Expresamente prevé la Ley que en el caso de las Administraciones Locales, tanto las Comunidades Autónomas como las Diputaciones, Cabildos y otro tipo de organismos supra-municipales podrán ofrecerles esos servicios.

Respecto a la voluntariedad/obligatoriedad de poder/tener que utilizar los medios electrónicos para comunicarse e interactuar los licitadores con las administraciones públicas, me referiré a ello en el último apartado de estas reflexiones, cuando analice si es posible obligar a nuestros licitadores a licitar electrónicamente. Adelanto, no obstante, que el impulso que nos da la Ley 11/2007 en este sentido es capital para poderlo exigir.

## **6. ¿Puede ser obligatoria la licitación electrónica?**

¿Y qué podemos decir respecto a la obligatoriedad de presentar las ofertas por vía telemática?

Dejo fuera de este análisis a los sistemas dinámicos de adquisición y a las subastas electrónicas, porque en este caso es palmariamente evidente que no sólo es posible requerir que se hagan exclusivamente por medios electrónicos, sino que es por obligación de las normas que rigen a ambos que obligatoriamente ha de ser así. La opción de utilizar medios electrónicos en ambos es inherente a ellos.

Pero, ¿y en el resto de procedimientos o formas de contratar?

En primer lugar, examinaremos la Directiva 2004/18/CE. Esta norma comunitaria posibilita la elección por parte de los órganos de contratación de la forma en que los licitadores han de comunicarse e intercambiar información, entre lo que sin ningún genero de dudas —así lo he demostrado con anterioridad— se encuentra la remisión de ofertas. Efectivamente, el artículo 42 —normas aplicables a las comunicaciones— prevé en su apartado 1 que «todas las comunicaciones y TODOS los intercambios de información a los que se refiere el presente Título podrán hacerse, A ELECCIÓN DE LOS PODERES ADJUDICADORES, por carta, por telefax o por vía electrónica con arreglo a los apartados 4y 5 ...»

¿Que condiciones han de tener esos medios electrónicos para poder ser validamente elegidos por los órganos de contratación?

- a. Deberán estar disponibles de forma general y, por tanto, no deberán restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de adjudicación (apartado 2 del art. 42 Directiva 2004/18/CE)

- b. Se realizarán de modo que se garantice la protección de la integridad de los datos...
- c. ... y la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación...
- d. ... y que los poderes adjudicadores no conocerán el contenido de las ofertas y de las solicitudes de participación hasta que expire el plazo previsto para su presentación. (apartado 3)
- e. Los instrumentos que deberán utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, deberán ser no discriminatorios,...
- f. ... estar a disposición del público ...
- g. ... y ser compatibles con las tecnologías de la información y la comunicación de uso general. (apartado 4)
- h. La información relativa a las especificaciones necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación, incluido el cifrado, deberá estar a disposición de todas las partes interesadas. (apartado 5.a 1ª parte)
- i. Los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas y de las solicitudes de participación deberán ser conformes con los requisitos del anexo X de la Directiva 2004/18/CE —relativos a los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, de las solicitudes de participación o de los planos y proyectos en los concursos— (apartado 5.a 2ª parte). Veamos los requisitos: Los dispositivos deberán garantizar, como mínimo y por los medios técnicos y procedimientos adecuados:
  - Que las firmas electrónicas relativas a las ofertas, a las solicitudes de participación y a los envíos de planos y proyectos se ajusten a las disposiciones nacionales en aplicación de la Directiva 1999/93/CE —sí es que la legislación nacional que lo aplique ha decidido exigir el requisito de utilizar en la licitación electrónica la garantía de la firma electrónica reconocida, cosa que la legislación española ha hecho, desde mi punto de vista con pleno acierto—;
  - Que pueda determinarse con precisión la hora y la fecha exactas de la recepción de las ofertas, de las solicitudes de participación y de los planos y proyectos;
  - Que pueda garantizarse razonablemente que nadie tenga acceso a los datos transmitidos a tenor de los presentes requisitos antes de que finalicen los plazos especificados;

- Que en caso de violación de esa prohibición de acceso, pueda garantizarse razonablemente que la violación pueda detectarse con claridad;
- Que únicamente las personas autorizadas puedan fijar o modificar las fechas de apertura de los datos recibidos;
- Que en las diferentes fases del procedimiento de licitación de contratos o del concurso, sólo la acción simultánea de las personas autorizadas pueda permitir el acceso a la totalidad o a parte de los datos presentados —ésta y la siguiente condición son de especial relevancia para la definición del modelo de licitación electrónica que implantemos—;
- Que la acción simultánea de las personas autorizadas sólo pueda dar acceso después de la fecha especificada a los datos transmitidos;
- Y por último, que los datos recibidos y abiertos en aplicación de los presentes requisitos sólo sean accesibles a las personas autorizadas a tener conocimiento de los mismos.

¿Y la nueva Ley de Contratos del Sector Público? ¿Qué dice al respecto?

Como no podía ser de otra manera, recoge en su Disposición adicional decimoctava —Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley—, apartado 1, lo previsto en la Directiva y establece que «las comunicaciones e intercambios de información que deban efectuarse en los procedimientos regulados en esta Ley podrán hacerse, DE ACUERDO CON LO QUE ESTABLEZCAN LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN o los órganos a los que corresponda su resolución, por correo, por telefax, o POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, INFORMÁTICOS O TELE-MÁTICOS», posibilitando, por tanto, la imposición de la obligatoriedad de envío electrónico de ofertas.

Respecto a las características de los medios electrónicos para recibir ofertas y solicitudes de participación respeta y/o repite —fundamentalmente en su Disposición adicional decimonovena— las condiciones que impone la Directiva. No voy a reproducir, por lo tanto, aquí las condiciones antes expuestas.

El verdadero nudo gordiano de la cuestión viene derivado del hecho de que haya que comprobar fehacientemente con anterioridad a aceptar la oferta una serie de cuestiones relativas a la personalidad, solvencia económica-financiera-técnica-profesional, clasificación y representación. Este hecho, junto a la imposibilidad real en la actualidad de comprobar telemáticamente todos estos requisitos, hacen que sea hoy en día imprescindible contar con un instrumento

auxiliar que haya realizado ya estas comprobaciones, aunque sea a la manera habitual (no telemática).

Me estoy refiriendo a los Registros de Licitadores (denominados también de Contratistas o de Empresarios).

Este mismo diagnostico del problema relativo a la absoluta dependencia de la licitación electrónica con los Registros de Licitadores o Contratistas lo comparte la nueva LCSP. Pero desde mi punto de vista yerra totalmente en la solución propuesta.

En efecto, el hecho de que, tal y como se contempla en el nuevo apartado j —recordemos que este apartado no estaba en el Anteproyecto— de la Disposición adicional 19ª, el órgano de contratación pueda obligar en los procedimientos de contratación pública electrónica a los licitadores a estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores o Contratistas de la administración respectiva a la que quieran licitar, parece que ofrece una solución. Pero desde mi punto de vista, lo que hace es confundir problema con solución. Y convierte a ésta misma, a su vez, en el propio problema.

Porque esta opción por la que la LCSP se decanta creo que difícilmente respeta la no discriminación en la utilización de los medios de comunicación electrónicos del art. 42.4 de la Directiva 2004/18/CE, puesto que una empresa que previamente al anuncio de licitación no esté registrada es virtualmente imposible —por cuestión de plazos— que en el periodo de presentación de ofertas sea inscrita en el Registro Oficial y por lo tanto puedan licitar —pensemos, por ejemplo, en una empresa aragonesa que quiera licitar en la Diputación Foral de Gipuzkoa—.

¿Y que decir de las Uniones Temporales de Empresas del art. 48 LCSP? ¿Como inscribimos en un Registro Oficial de Licitadores o Contratistas a unas personas jurídicas que todavía no han nacido, pues por su propia naturaleza sólo se crearán si son adjudicatarias del contrato? ¿O acaso no les vamos a permitir licitar a las UTEs en los expedientes en los que se exija la licitación electrónica?

La salida al problema, por lo tanto, debía de haber sido tal que conciliara la posibilidad de EXIGIR la realización de licitaciones electrónicas a TODOS los licitadores con la NO DISCRIMINACIÓN antes citada.

Si analizamos detenidamente la situación, veremos que para poder exigir la contratación pública electrónica han de cumplirse inevitablemente dos condiciones principales, según la LCSP:

- a. 1ª condición: que el sistema que controla la licitación electrónica identifique los certificados de firma electrónica reconocida de todas las diferentes entidades de certificación que existen —incluyendo, por

supuesto, el DNI electrónico—. Esta es una condición relativamente fácil de resolver.

- b. 2ª condición: que los documentos de los licitadores que hay que examinar que sean correctos antes de abrir sus ofertas se puedan comprobar de manera telemática (o, en su defecto, que ya hayan sido comprobadas con anterioridad mediante su inscripción en un Registro Oficial de Licitadores o Contratistas).

Pero esta segunda condición no es tan fácil de resolver, y esto es así porque la comprobación fehaciente de la firma de documentos rubricados por terceros (p.e. la del notario en los poderes societarios o la del órgano recaudador de la Tesorería de la Seguridad Social en los certificados de la misma) sólo se puede hacer si el documento está firmado electrónicamente por dicho tercero y lo podemos comprobar telemáticamente, cosa que teóricamente es posible, pero que el estado de utilización de la firma electrónica en la actualidad realmente no lo permite, por lo que si se exige comprobar determinada documentación antes de aceptar la validez de las ofertas, irremisiblemente no nos queda más remedio que restringir la posibilidad de licitar electrónicamente a los empresarios ya inscritos en los Registros Oficiales de Licitadores o Contratistas.

Como ya he manifestado antes, esto no es una solución al problema que tenemos planteado, sino que es un nuevo problema. Había que haber aprovechado el hecho de que la LCSP distinga entre la figura de la adjudicación provisional y la figura de la adjudicación definitiva, y que de acuerdo con el art. 130 haya parte de la documentación de todos los licitadores que se examina fehacientemente antes de abrir las ofertas (—apartados a y b— personalidad, representación, clasificación y/o solvencia), pero, sin embargo, para otra parte de la documentación se admita una declaración responsable del licitador (—apartado c— no estar incurso en prohibición de contratar y cumplimiento obligaciones tributarias y de S. Social) y sólo se examina fehacientemente la de el/los propuesto/s adjudicatario/s provisional/es.

¿Por qué no se ha admitido que en esa declaración responsable se puedan introducir TODOS los elementos de los apartados a, b y c del art. 130, y no solamente los del último apartado, todos los cuales ya serán objeto de comprobación fehaciente para los adjudicatarios provisionales y por lo tanto en un momento posterior a la apertura de las ofertas?

Hay que tener en cuenta que, admitiendo incluir en la declaración responsable los aspectos de obligaciones tributarias y de S. Social, ya estamos asumiendo el «riesgo» de que las empresas licitadoras nos «engañen» y liciten «fraudulentamente» sin cumplir todos los requisitos necesarios y con el único fin de «hacernos perder el tiempo». Además, yo creo que es más fácil



que pretendan «engañarnos» en esos aspectos que no, p.e., en el objeto social de la empresa.

Esta propuesta —creo que sencilla, pero sin embargo muy eficiente en la resolución del problema— tuve la oportunidad de realizarla en la comparecencia ante la Comisión de Administraciones Públicas que he comentado antes, calificando la problemática como el nudo gordiano de la licitación electrónica, pero, desgraciadamente, la LCSP no la ha acogido como solución jurídica positiva y por lo tanto esta norma no solucionó este problema tan determinante.

Afortunadamente hay otra norma, la Ley 11/2007 que hemos analizado antes, que sí nos va a posibilitar romper el nudo gordiano.

Vayamos por partes; Aunque la citada Ley 11/2007 configura en general como un derecho de los ciudadanos el hecho de interactuar telemáticamente con las administraciones públicas, no es menos cierto que prevé excepciones en la voluntariedad de esta opción. En efecto, el apartado 6 del artículo 27 de la Ley 11/2007 habilita a las Administraciones Públicas a obligar a determinadas «personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos», a comunicarse electrónicamente con ellas. Es meridianamente claro que los licitadores de las contrataciones públicas cumplen con todos estos requisitos y, por lo tanto, es posible obligarles a tener que licitar electrónicamente, complementando así lo que hemos visto que también hace tanto la Directiva de contratos públicos, como la LCSP.

Volvamos ahora a analizar la solución que he analizado antes y respecto de la cual hemos visto que la LCSP no ha dado cumplida respuesta.

Partamos del apartado 2 del artículo 35 de la Ley 11/2007 que dice exactamente:

«Los interesados podrán aportar al expediente copias digitalizadas de los documentos, cuya fidelidad con el original garantizarán mediante la utilización de firma electrónica avanzada. La Administración Pública podrá solicitar del correspondiente archivo el cotejo del contenido de las copias aportadas. Ante la imposibilidad de este cotejo y con carácter excepcional, podrá requerir al particular la exhibición del documento o de la información original».

Esta previsión legal nos permite sin duda interpretar como válida la posibilidad de que los licitadores que no estén inscritos en los Registros de Licitadores o Contratistas puedan aportar copias escaneadas de los requisitos de los apartados a y b —personalidad, representación, clasificación y/o solvencia— del artículo 130 «cuya fidelidad garantizarán —tienen derecho a garan-

tizar, le ley les asiste en este sentido— ellos mismos mediante la utilización de su firma electrónica. Con posterioridad, la Administración ya utilizará la potestad que le da ese artículo de «solicitar el cotejo» si está en algún archivo digitalizado, o «requerirle su exhibición original» a los propuestos adjudicatarios —y sólo a ellos—, si no lo está. Así conseguiremos lo que con la LCSP no ha sido posible.

Esta creo que es la solución; al menos es la que nosotros vamos a implantar en el Gobierno Vasco.

# **HACIA UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE: LAS OPORTUNIDADES DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO(\*)**

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

*SUMARIO: I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MEDIO Y NO COMO FIN.— II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS VERSUS EL CARÁCTER «SOCIAL» DEL OBJETO DE LOS MISMOS.— III. LA ADMISIBILIDAD DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL CONTRATO. POSIBILIDADES TRAS LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 1. La fase de preparación del contrato: A). Limitaciones de la competencia: La posibilidad de restringir la participación o reservar la ejecución. B). Causas de prohibición de contratar de contenido social. C). Condiciones de aptitud para contratar: la «solvencia social» del licitador desde el punto de vista técnico o profesional, y la posibilidad de excluir de la participación en contratos públicos a empresas con valores sociales anormalmente bajos. D). Los aspectos sociales en la determinación del procedimiento de adjudicación. E). Limitaciones a la contratación con empresas de trabajo temporal (ETT). 2. Adjudicación del contrato: A). Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación. B). La preferencia en la adjudicación. 3. Ejecución del contrato. A). Las condiciones especiales de ejecución. B) La adscripción de medios y el personal de ejecución del contrato.— IV. EL FOMENTO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. Alcance subjetivo y objetivo de los arts. 34 y 35 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 2. Las cláusulas de igualdad de género en los contratos públicos.*

*RESUMEN:* La contratación pública no es un fin en sí misma, sino una herramienta que las Administraciones públicas pueden utilizar para desarrollar políticas públicas, entre las que destacan las de tipo social y medioambiental. Siendo esto así, podría concluirse que quienes se encuentran sujetos a la normativa reguladora de la contratación pública tienen la responsabilidad de atender a dichos fines públicos. Quizá pueda

---

(\*) Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)», Ref. SEJ2006-13188/JURI.

hablarse por ello, de una responsabilidad social de la contratación pública. Procede por tanto, analizar de qué modo y hasta dónde pueden contribuir los contratos públicos a alcanzar esos fines sociales.

*Palabras clave:* contratación pública; contratos públicos; cláusulas sociales; igualdad de género.

*ABSTRACT:* Public contracts are not a purpose by themselves, but a tool that Public Administrations can use to develop public policies, including social and environmental ones. We can say that Public Administrations have the responsibility to attend this social purposes. Maybe for this we could speak about social responsibility of public contracts. That's why we have to analyze how, and until where, can public contracts help us to reach this social scopes.

*Key words:* public procurement; public contracts; social clauses; equal opportunities.

## I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MEDIO Y NO COMO FIN

Nadie duda ya de la importancia de la contratación pública tanto desde el punto de vista cuantitativo (alrededor del 16% del PIB español, y hasta el 20% del PIB en algunos Estados de la Unión Europea) como cualitativa (el Sector público es el destinatario de las principales obras, servicios y suministros). El poder de compra del Sector público que manifiestan los datos anteriores convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras (1).

Esa capacidad de influencia se materializa a través de las «herramientas contractuales» que determinadas entidades (2), bien por su condición sub-

---

(1) Según MESTRE DELGADO, se constata la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo —o fomento— para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones —no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas— contempladas en normativas sectoriales, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», REAL núm. 291, 2003 p. 707. Se trata de introducir aquí la idea del ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional, idea propia del Estado social-asistencial, MELERO ALONSO E.: «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999 (artículo firmado junto a Maravillas ESPÍN SÁEZ).

(2) A efectos de esta exposición, utilizaremos el concepto de «entidades del Sector Público» para referirnos, en sentido amplio, amplísimo, al elemento subjetivo de la contratación pública. No obstante, somos conscientes, y así lo advertimos, de que se trata de un concepto no exento de polémica.

jetiva, o bien por razón del objeto que desean adquirir, utilizan para la «compra» de obras, servicios o suministros. La utilización de estas «herramientas» no es libre, ni voluntaria. Antes al contrario, resulta preceptiva (si bien no con el mismo alcance para todas las entidades) porque las «compras públicas» están siempre condicionadas a la selección de *la oferta económicamente más ventajosa*.

Tal y como ha señalado recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón, *la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas... Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país* (3). Es por ello que debemos concebir la contratación pública como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales (4). Es decir, la contratación pública puede, y debe ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

Esta condición instrumental de la contratación pública que se afirma se pone precisamente de manifiesto cuando la misma se orienta para alcanzar

---

mica: es un concepto «nacional» recogido en el art. 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que integra varios subconceptos (Administración Pública, Poder adjudicador, entidad del Sector Público no Poder Adjudicador), y que no concuerda perfectamente ni con la normativa comunitaria (cfr. art. 1.9 Directiva 2004/18, 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), ni con otras normas que ya definían con anterioridad los conceptos de «Sector Público» (cfr. arts. 2 y 3 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, art. 4 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas) o de «Administración Pública» (cfr. art. 2 Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, art. 1 Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, art. 1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.) de cuyas prescripciones se aparta en ocasiones. Sobre el nuevo ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP, vid. GIMENO FELIÚ, José María: «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», RAP núm. 176, pp. 9-54, y CHINCHILLA MARÍN, Carmen: «La nueva Ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», en RVAP núm. 79, pp. 41-69.

(3) Informe 17/2008, de 21 de julio.

(4) BLAZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, p. 39.

un mayor bienestar social, un mayor respeto del medio ambiente, o al progreso científico-tecnológico (5). Para ello, debe interpretarse la mayor ventaja económica de una proposición no sólo en sentido directo, sino admitiendo las ventajas económicas indirectas con el objeto del contrato, pero directas con los fines públicos perseguidos por el Sector público (6).

## **II. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS *VERSUS* EL CARÁCTER «SOCIAL» DEL OBJETO DE LOS MISMOS**

La política económica desarrollada a través de la contratación pública puede compaginarse con la consecución de otros objetivos, y entre ellos se encuentran los fines sociales (7). Y si la contratación pública es un medio al servicio de fines públicos, entre los que se encuentran los fines sociales, podría concluirse que quienes se encuentran sujetos a la normativa reguladora de la contratación pública tienen una responsabilidad de atender a dichos fines públicos, incluidos los sociales. Quizá pueda hablarse por ello, de una *responsabilidad social de la contratación pública*.

No obstante lo anterior, debemos tener presente desde ya mismo que la contratación pública puede no resultar idónea siempre para la consecución de fines sociales, pues no está diseñada para ello, sino principalmente para alcanzar objetivos de eficacia y eficiencia económica (8). De este modo,

---

(5) Por cierto, la única referencia expresa a la contratación pública en el Derecho comunitario originario la encontramos en el art. 163.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que versa sobre la política comunitaria de investigación y desarrollo tecnológico. Junto a esa referencia a la política de investigación y desarrollo tecnológico debe recordarse la obligación de compatibilizar el mercado interior con el desarrollo sostenible, a través de, entre otros, un crecimiento económico equilibrado, una economía social de mercado tendente al pleno empleo y al progreso social y un elevado nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Además de lo anterior, no debe olvidarse el propósito de la Unión Europea recogido en el art. 2 del Tratado de combatir la exclusión social y la discriminación, y el fomento de la protección social y la igualdad entre mujeres y hombres

(6) Tal interpretación fue acogida en la STJCE de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*), en la que para la adquisición de los autobuses necesarios para la prestación del servicio público de transporte en la ciudad de Helsinki, se admitió la valoración, como criterio de adjudicación, de la menor cantidad de emisión de CO<sub>2</sub> a la atmósfera de los vehículos.

(7) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 4. La política social es uno de los objetivos, directo o indirecto, de la política de contratación pública, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales en la selección de contratistas de las Administraciones Públicas españolas?», *Justicia Administrativa* núm. 20, 2003, pp. 31-32.

(8) Existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos —o complementarios, si prefiere decirse así— para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social

y reconociendo que la finalidad de las denominadas cláusulas sociales son perfectamente atendibles y deben merecer medidas concretas en el ordenamiento jurídico, debemos afirmar que la contratación pública ni sirve para suplir al resto de medidas tendentes a satisfacer dichos objetivos, ni en todo caso [no todos (9)] los contratos públicos resultan aptos para contener dichas cláusulas.

Esa responsabilidad social de la contratación no significa la certificación del cumplimiento de las normas que establezcan determinadas obligaciones sociales (10) [ya que los órganos de contratación, en principio, no están concebidos como instrumentos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales de las empresas contratistas (11)], sino de

---

o medioambiental. Beneficios fiscales, ayudas y subvenciones, los propios mecanismos derivados del protocolo de Kyoto, entre otros muchos, parecen instrumentos más adecuados para la ejecución de políticas sociales que la utilización de los procedimientos de contratación cuyo norte fundamental no debería ser otro que la adquisición de bienes y servicios de calidad en las mejores condiciones técnicas y económicas para las Administraciones Públicas. Lo contrario podría provocar distorsiones, incluso desde el punto de vista presupuestario, que no redundarían en un comportamiento eficiente de las Administraciones Públicas contratantes, *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2004, p. 147.

(9) Los contratos públicos de obras y servicios, que ofrecen concretamente la oportunidad de imponer un determinado modo de ejecución, son los que mejor permiten a los poderes adjudicadores tener en cuenta intereses de tipo social. En el caso de los contratos públicos de suministros, las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales son más limitadas. *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 6.

(10) Por ejemplo, el estar al corriente del pago de las obligaciones con la Seguridad Social, o la obligación establecida en el art. 38.1 de la Ley 13/982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos —en adelante LISMI—: *Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores minusválidos...e manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total... siempre que ... se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.*

(11) La JCCA de la Generalitat de Cataluña llegó a tal conclusión en relación con la exigencia del cumplimiento de las condiciones laborales recogidas en los convenios colectivos, en su informe 7/2000, de 7 de julio, y volvió a reiterar su criterio en el informe 2/2006, de 9 de febrero. Un criterio distinto parecen defender BLAZQUEZ ROMÁN y RAMÍREZ HORTELANO al proponer tomar en cuenta, a la hora de determinar cuándo una proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias el ofertar por debajo del nivel retributivo establecido en el correspondiente convenio, «Las cláusulas...», pp. 45-46.

Al margen de lo anterior, debemos recordar el contenido del art. 103 LCSP, relativo a la información relativa a las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales, que dispone que

1. *El órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en mate-*

establecer un nivel de compromiso con la protección de los intereses sociales más allá de los mínimos legalmente exigibles, cuando ello resulte posible, y no colisione con otros intereses también dignos de protección (12). Y, según se observa en la normativa más reciente, la introducción de *aspectos sociales* en la contratación pública parece ser la vía para ejercer esa responsabilidad social.

En el plano comunitario, por la vía del *soft law*, la Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001, *sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos* fue el instrumento elegido para explicitar, en un primer momento, las posibilidades que ofrecía la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública para *integrar, de manera óptima, los distintos aspectos sociales en los contratos públicos y contribuir, por tanto, al desarrollo sostenible, concepto éste que combina el crecimiento económico, el progreso social y el respeto al medio ambiente* (13). Más recientemente, la Directiva 2004/18, 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 contempló expresamente la posibilidad de que *los poderes adjudicadores pudieran regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades —definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato* (14).

---

*ria de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.*

2. El órgano de contratación que facilite la información a la que se refiere el apartado 1 solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente.

(12) La responsabilidad social comienza allí donde termina la obligación legal, tal y como indica MOLINA NAVARRETE, «Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público», *CEF-Trabajo y Seguridad Social*, núm. 302/2008, p. 6.

(13) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 4. Entendía la Comisión que, aunque la entonces vigente normativa comunitaria de contratación pública no recogía expresamente la utilización de las cláusulas sociales, ofrecía todo un abanico de posibilidades que, convenientemente aprovechadas, permitían alcanzar el resultado buscado. Vid. como antecedente la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de septiembre de 1989, *Contratación Pública. Aspectos regionales y sociales*. COM (89) 400 final.

(14) Considerando núm. 1 Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.



Y en el plano nacional, la norma que incorpora la Directiva 2004/18 al Ordenamiento español, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público (en adelante LCSP) incluye *mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo, y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales* (15).

Pero la expresión «aspectos sociales», referida a su introducción en la contratación pública a través de algunas cláusulas puede englobar acepciones y ámbitos muy diversos. De una forma genérica, podría atribuirse tal consideración a cualquier estipulación que obligue una empresa adjudicataria de un contrato público a realizar propiamente el objeto contractual —según las prescripciones técnicas definidas en el contrato— y, además, al cumplimiento de determinados objetivos sociales de interés general. La nota que caracteriza las cláusulas sociales es, por lo tanto, su carácter complementario: se trata de obligaciones que no derivan del estricto cumplimiento del objeto contractual según los requerimientos técnicos naturales para llevarlo a cabo. Además, su inserción en un procedimiento de adjudicación lo es como un condicionante de participación, de la adjudicación o bien de la ejecución de un contrato público.

Como algo distinto de las cláusulas sociales que podemos encontrar en un contrato público debemos concebir la posibilidad, también admitida, de integrar aspectos sociales (no condicionantes de la participación, la adjudicación o la ejecución de un contrato público) en la elección del objeto del contrato. En la determinación del objeto del contrato, los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública gozan de una buena oportunidad para escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales (16). Ahora bien, el carácter social del objeto de los contratos obedece a la utilización de la contratación pública para gestionar competencias administrativas

---

(15) Exposición de Motivos, apdo. IV.3.

(16) Así, el objeto de las obras para la construcción de una guardería, una residencia de mayores, un hospital, o la utilización de criterios sociales para la descripción del objeto del contrato, como sería el caso de los contratos de obras para la eliminación de barreras arquitectónicas en edificios públicos, no son propiamente cláusulas que incidan en el régimen jurídico de la contratación, diferenciándolo del resto de contratos de obras.

con incidencia social, y no tanto a la intención de influir en el régimen jurídico del contrato. El objeto del contrato, por el hecho de que tenga una consideración social, no condiciona, en principio, su régimen jurídico (17).

En íntima conexión con la determinación del objeto del contrato se encuentra el establecimiento de sus especificaciones técnicas. Mediante el establecimiento de unas prescripciones técnicas, los órganos de contratación definen con precisión el objeto de la compra o de la prestación, siempre con el límite de que éstas no tengan por efecto el eliminar o aventajar a un licitador. Y también por esta vía pueden tomarse en cuenta ciertas consideraciones sociales (18).

Por otra parte, y también relacionado con el objeto de los contratos, por todos es conocido que para la adjudicación de un contrato público, los entes adjudicadores pueden tomar en consideración las variantes que, respecto al objeto del contrato definido por dichas entidades, hayan presentado (si expresamente se admiten) por los licitadores. Con ello, los entes adjudicadores pueden elegir la opción que mejor responde a sus exigencias económicas y sociales, sin dejar de satisfacer los requisitos mínimos impuestos en el pliego de

---

(17) El hecho de que un contrato esté destinado a un uso «social» (por ejemplo, construcción de un colegio, de un hospital o de una residencia de ancianos) no plantea problemas en el marco de las Directivas sobre contratación pública, ya que dichos contratos deben adjudicarse con arreglo a las normas contenidas en las mismas a partir del momento en que entran en su ámbito de aplicación, *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 7. Por supuesto que el carácter social, en determinados contratos, determina diferencias en su régimen jurídico con respecto al resto, pero dichas diferencias tienden a centrarse en la limitación o exclusión del ámbito de aplicación de las normas sobre contratación pública, y no por tanto, en limitar la participación o a determinar los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato, Cfr. art. 21 de la Directiva 2004/18 CE (y concordantes de la LCSP), que dispone la sujeción de los contratos de servicios señalados en la Anexo II B de la Directiva (entre los que se incluyen los servicios sociales y de salud) únicamente a lo dispuesto en los arts. 23, relativo a las especificaciones técnicas, y 35.4, relativo al anuncio de adjudicación.

(18) Así, por la vía de las prescripciones técnicas podrían establecerse requisitos relativos, por ejemplo, a la seguridad de los productos, la higiene y la protección de la salud o el acceso por parte de las personas discapacitadas a determinados edificios o medios de transporte público (por ejemplo, anchura de los pasillos y las puertas, aseos adaptados, rampas de acceso) o a ciertos productos y servicios (por ejemplo, en el campo de las tecnologías de la información). Del mismo modo podría condicionarse la organización técnica de la prestación, incluyendo en el pliego prescripciones técnicas específicas cuyo objeto es proteger la salud y la seguridad de quienes trabajan en la obra, así como de terceros. Entre ellas cabe citar las medidas para evitar los accidentes laborales, tales como la señalización y el almacenamiento de productos peligrosos o, asimismo, la definición de un plan de circulación de la maquinaria. Asimismo, los órganos de contratación pueden exigir concretamente que los productos solicitados se fabriquen con arreglo a un determinado método, en la medida en que éste caracterice el producto frente a otros productos competidores, y de tal forma que respondan a las necesidades de aquéllos, siempre que, insistimos, no se busque con ello eliminar o falsear la competencia, *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 8.

condiciones. Y también por la vía de las variantes presentadas pueden tomarse en cuenta las características sociales del objeto del contrato (19).

Ahora bien, tanto las especificaciones técnicas como las variantes presentadas por los licitadores no hacen sino perfilar el elemento objetivo del contrato, de manera que su carácter social no supone un condicionante para el régimen jurídico del contrato, en lo que se refiere a limitaciones para participar, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución con respecto a otros contratos de su misma categoría. Y esa es la principal diferencia entre una cláusula social, en sentido estricto, y los aspectos sociales, en general, a la hora de integrarlos en un contrato público, a lo cual puede añadirse, además, que el destinatario del beneficio —social— que proporciona el carácter social del objeto del contrato resulta probablemente distinto a aquél que se beneficia de las cláusulas sociales que se introducen en un contrato público (por ejemplo, las obras para la eliminación de barreras arquitectónicas versus el empleo de parados de larga duración para realizar esas obras).

### **III. LA ADMISIBILIDAD DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LAS DISTINTAS FASES DEL CONTRATO. POSIBILIDADES TRAS LA LEY 30/2007, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

Por todos es sabido que las prescripciones de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, no resultan aplicables a todos los contratos públicos, sino únicamente a los que se refieren a un objeto determinado y cuyo valor estimado supera una única cuantía, contratos que la nueva LCSP denomina *sujetos a regulación armonizada*. La distinción de los anteriores de aquellos *no sujetos a regulación armonizada* es capital, ya que en los contratos «no comunitarios» la inclusión de cláusulas de índole social depende exclusivamente de la legislación del Estado miembro, quien, por consiguiente, goza de una amplia libertad solo condicionada por el respeto a los principios básicos aplicables a la contratación pública que se contienen en el Derecho comunitario originario (20).

---

(19) Estas variantes podrán referirse, por ejemplo, a diferentes soluciones técnicas planteadas de cara a la ergonomía de un producto o con vistas a garantizar la accesibilidad para los discapacitados de cierto material o servicio, incluidos las herramientas y servicios facilitados en línea o de tipo electrónico e informático, *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 9.

(20) Ello explica que la presencia e influencia de criterios sociales en la adjudicación de estos contratos no sea la misma en todos los países comunitarios, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 31, nota 13. Respecto de la adjudicación de los contratos «no comunitarios», Vid. Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

El legislador español, en un gesto digno de aplauso, y haciendo uso de esa libertad que le concede la Directiva para determinar el régimen jurídico de los contratos no sujetos a la misma, ha extendido la posibilidad de utilizar las cláusulas sociales a cualquier procedimiento de adjudicación, con independencia del valor estimado del contrato a adjudicar (21). Además, aunque las previsiones más importantes sobre cláusulas sociales están previstas en la regulación de los contratos de las Administraciones públicas (p. ej. art. 102 LCSP, en el Título I —dedicado a la preparación de contratos por las Administraciones Públicas— del Libro II LCSP, o el art. 134, contenido en el Capítulo I —adjudicación de los contratos por las Administraciones Públicas— del Título I del Libro III) nada impide que las entidades que no tienen tal consideración recojan en las Instrucciones de procedimiento a las que deben ajustar la celebración de sus contratos (no sujetos a regulación armonizada, si se trata de poderes adjudicadores, o todos sus contratos, en el caso de entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, según los arts. 175 y 176 LCSP) la previsión de incorporar dichas cláusulas sociales a sus contratos (22).

Se propone a continuación un examen de las diferentes posibilidades de introducir cláusulas sociales a lo largo de cada una de las fases en que se divide todo contrato público.

## 1. La fase de preparación del contrato

Ya desde la fase de preparación de los contratos la normativa sobre contratos públicos ofrece la posibilidad de tomar en consideración algunos aspectos sociales, siendo característica de todos ellos (en esta fase de preparación del contrato) su relación con la admisión de los sujetos a un proceso licitatorio, y respecto de los cuales, una vez admitidos, se estudiarán sus ofertas y proposiciones económicas.

---

(21) Iniciativa que contrasta con otras que quedan reservadas únicamente a los «grandes contratos», como es el caso del recurso especial en materia de contratación previsto en el art. 37 LCSP.

(22) No obstante, por el momento, pocas Entidades obligadas a publicar sus Instrucciones de procedimiento para la adjudicación de sus contratos están incluyendo en las mismas la posibilidad de incorporar cláusulas sociales. Entre las pocas que lo hacen, merece la pena destacar las de Expoaragoza Zaragoza 2008, S.A., accesibles desde su perfil de contratante en [http://www.expoaragoza2008.es/Laorganizacion/Concursospublicos/seccion=45&idioma=es\\_ES.do](http://www.expoaragoza2008.es/Laorganizacion/Concursospublicos/seccion=45&idioma=es_ES.do) (expresamente arts. 22 y 24.3).

### **A) Limitaciones de la competencia: La posibilidad de restringir la participación o reservar la ejecución**

El art. 19 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo dispone que *los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación.*

Con base en esta disposición, la LCSP ha recogido —casi literalmente— en su Disposición Adicional séptima la posibilidad de restringir la participación en un procedimiento de adjudicación o reservar su ejecución en el marco de un programa de empleo protegido. Ahora bien, debe terse presente que la reserva de la participación o la ejecución no supone la dispensa de tramitación de un expediente de contratación, con todos sus elementos característicos.

La Disposición Adicional séptima LCSP prevé que la reserva de participación en el procedimiento se realice a favor de Centros Especiales de Empleo, figura a la que aludía el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, desarrollado por Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo. La reserva de participación prevista en la LCSP lo es por tanto a favor de las Entidades formalmente constituidas como Centros Especiales de Empleo, y no resulta admisible, atendiendo a la letra de la Ley, la reserva en favor de cualesquiera otros tipos de entidades (23).

Hemos de llamar aquí la atención sobre el hecho de que alguna norma autonómica, con anterioridad a la promulgación de la LCSP, y en virtud de sus competencias en materia de contratación, ha configurado un ámbito de reserva de contratos más amplio que el previsto por la LCSP, e incluso por la Directiva. Tal es el caso de la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra, cuyo art. 9.2 contempla la posibilidad de reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos, además de a talleres pro-

---

(23) Salvo que, como señala el Informe de la JCCA del Gobierno de Aragón núm. 17/2008, de 21 de julio, mediante norma —autonómica— de rango legal se amplíen los beneficiarios de esas reservas, por ejemplo, en el ámbito de los servicios sociales, a instituciones de iniciativa social. *En todo caso, señala el informe, parece aconsejable que, de regularse esta modalidad, se prevea que el importe de los contratos no supere determinado umbral a efectos de evitar una indeseable distorsión de la competencia. Igualmente, por mor del principio de transparencia los anuncios de licitación y de adjudicación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente tal configuración.*

tigidos y empresas en el marco de programas de empleo protegido, *a empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social*. A diferencia de lo dispuesto por la Ley Foral, según la LCSP, estas empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social no pueden participar en la ejecución de contratos reservados sino que, a favor de ellas, la Disposición Adicional sexta LCSP establece únicamente una preferencia en la adjudicación de los contratos, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

No obstante esta ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de los contratos reservados contenido en la Ley de Contratos Públicos de Navarra de 2006, se establece como límite que el importe de los contratos reservados no podrá superar el 20% del importe de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (24). Dicho límite no aparece previsto en la LCSP, por lo que no resulta de aplicación a las adjudicaciones con base en dicho cuerpo normativo.

Otro de los aspectos a tener en cuenta, polémico por cuanto los criterios de la Directiva y la LCSP son divergentes, es el condicionante del número de trabajadores que han de intervenir en la ejecución del contrato. Mientras la

---

(24) Para la correcta y proporcionada aplicación de dicho porcentaje hubiera sido conveniente establecer algunas pautas, tales como porcentajes de reparto entre Departamentos, Áreas o Servicios de las Administraciones Públicas, e incluso por tipos de contratos, tal y como propone BELTRÁN AGUIRRE, J.I.: «La adjudicación de los contratos. Los procedimientos de adjudicación», en CRUZ ALLI ARANGUREN, J. (Dir): *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Gobierno de Navarra, 2006, pp. 283-284. En el sentido apuntado, el art. 4.2 del Decreto 279/2004, de 17 de diciembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regulan medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, tras admitir la reserva de contratos se indicaba que *los objetos contractuales susceptibles de reserva son las obras de conservación y los servicios de mantenimiento y conservación de bienes inmuebles, los servicios de mensajería, correspondencia y distribución, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración, de recogida y transporte de residuos, así como los servicios y los suministros auxiliares para el funcionamiento de la administración*. El antecitado Decreto identifica, además, los procedimientos en los cuales puede hacerse uso de la reserva en el art. 4.3: *Los contratos reservados son exclusivamente los que se adjudican como contrato menor o por procedimiento negociado en razón de la cuantía económica, de acuerdo con los límites establecidos por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Con los mismos límites cuantitativos aplicables a los procedimientos negociados, los órganos de contratación pueden no utilizar los procedimientos derivados del sistema de contratación centralizada cuando se pretenda adjudicar, mediante reserva social, alguna de las prestaciones a que se refiere el apartado 2*. Por su parte, el art. 35.2 de la Ley 31/2002, de medidas fiscales y administrativas de Cataluña, modificado por la Ley 7/2004, dispone la posibilidad de establecer reservas en contratos de *obras y servicios de conservación y mantenimiento de bienes muebles, servicios de mensajería, correspondencia y distribución, artes gráficas, limpieza y lavandería, restauración, recogida y transporte de residuos, y servicios y suministros auxiliares para el funcionamiento de las Administraciones Públicas*.

Directiva se refiere a que *la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas*, la LCSP exige una mayoría «cualificada». Concretamente, se exige *que el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad*, y ello porque tal es el porcentaje que la LISMI exige para la constitución de un Centro Especial de Empleo. Como curiosidad, la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra, acoge el criterio de la mayoría simple recogido en la Directiva en cuanto al requisito del porcentaje de trabajadores discapacitados que han de participar en la ejecución del contrato, desmarcándose del criterio de «al menos el 70 por 100» que postula la LCSP. La indefinición de una concreta «mayoría» en la Ley Foral podría dar lugar, como ya indicara el Comité Español de Representantes de personas con discapacidad (CERMI), a que los Centros especiales de empleo equivalentes de otros países comunitarios, en cuya norma no se exija el 70% de trabajadores afectados para ser considerados como tales, puedan optar a estos contratos reservados en la Comunidad Foral Navarra con únicamente más del 50% de sus trabajadores discapacitados, pero menos del 70%, lo que provocaría una desigualdad y una discriminación para los centros españoles (25).

## **B) Causas de prohibición de contratar de contenido social**

La LCSP ha procedido a reformular algunas causas de prohibición de contratar, manteniéndose sin modificación otras de ellas, de manera que constan en el art. 49 algunas relacionadas con aspectos sociales, entre las que destacan las de:

*Apdo. 1.a.– haber sido el empresario condenado por sentencia firme ...por delitos contra los derechos de los trabajadores (26)... delitos relativos a la protección del medio ambiente (27).*

---

(25) Tomo la referencia del trabajo de J.L. BELTRÁN AGUIRRE: «La adjudicación...», pp. 282-283.

(26) Cfr. arts. 311 a 318 del Código Penal (imposición a los trabajadores de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual; tráfico ilegal de mano de obra; promoción o favorecimiento por cualquier medio de la inmigración clandestina de trabajadores a España; discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español; no facilitar, estando legalmente obligado, los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física).

(27) Cfr. arts. 325 a 331 del Código Penal (emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo,

*Apdo. 1.c- haber sido sancionado con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, 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, o en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (28); en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres (29); en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.*

*Apdo. 1.d- no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.*

*Apdo. 2.e- haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, y concorra dolo, culpa o negligencia en el empresario.*

Puede comprobarse por tanto que el hecho de que el empresario no cumpla con determinadas exigencias de tipo social condiciona su propia aptitud

---

el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales; liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles; establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas; daño grave en alguno de los elementos que sirvan para declarar un espacio natural protegido; el informe favorable por autoridad o funcionario público, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad, de la concesión de licencias que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes, o el silenciamiento de la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen que con motivo de sus inspecciones se hayan detectado).

(28) Derogada. La referencia debe entenderse hecha al Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos.

(29) Derogada. La referencia debe entenderse hecha a la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.



para acceder a un contrato público. No obstante, debe llamarse la atención sobre la extraña configuración de las causas de prohibición de contratar que dimana del art. 49 LCSP, y las nefastas consecuencias que de ello derivan. Si bien las causas enumeradas en el apartado 1 del art. 49 inhabilitan para contratar con cualquier entidad del Sector público, no ocurre lo mismo con el listado de causas de prohibición de contratar que recoge el apartado 2 del mismo precepto, que únicamente afectan a la contratación con las Administraciones Públicas («a efectos de la LCSP»). En la materia que nos ocupa, tal circunstancia supone, por ejemplo, que si como condición de ejecución de un contrato se dispone la obligación de contratar parados de larga duración, el incumplimiento de la misma impedirá contratar en el futuro con Administraciones Públicas, pero no con aquellas otras entidades que, a efectos de la LCSP, no tengan tal consideración, como sería el caso de entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas o fundaciones participadas por entes públicos. Sorprende este doble tratamiento que recibe, de manera injustificada a nuestro parecer, el incumplimiento por parte de los adjudicatarios de contratos públicos de las condiciones esenciales de ejecución establecidas en el contrato.

### **C) Condiciones de aptitud para contratar: la «solvencia social» del licitador desde el punto de vista técnico o profesional, y la posibilidad de excluir de la participación en contratos públicos a empresas con valores sociales anormalmente bajos**

Junto a la capacidad jurídica y la ausencia de causas de prohibición de contratar, la aptitud de un licitador viene determinada por la acreditación de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional. La acreditación de una determinada «solvencia social» para el acceso a un contrato público puede, en determinados casos, integrarse en la exigencia de una determinada solvencia que demuestre la capacidad técnica de la empresa para ejecutar un determinado contrato (30). En cambio, los documentos que pueden exigirse para evaluar la capacidad económica y financiera de los licitadores no ofrecen posibilidad alguna de tomar en consideración aspectos de carácter social.

Al igual que sucede con el resto de indicadores de la posesión de una determinada solvencia técnica o profesional por parte del empresario, la exigencia de una determinada «solvencia social» puede ser lícita siempre y cuando se cumplan algunos requisitos:

---

(30) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 12. En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación administrativa de la Comunidad de Madrid en su Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre, donde se afirma que *sólo respecto de la capacidad técnica del empresario podría considerarse la inclusión de aspectos sociales relacionados con el objeto del contrato.*

a) esté relacionada con el objeto del contrato (31),

b) dicha «solvencia social» sirva como indicador de la capacidad técnica del empresario con arreglo a lo dispuesto en los arts. 55 a 68 LCSP. No debemos olvidar el límite impuesto por el art. 63.1 LCSP para el caso de contratos a celebrar por las Administraciones Públicas, a tenor del cual, *la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 64 a 68 (32)*. Los medios de acreditación de la solvencia técnica son, por tanto, únicamente los tasados en dichos artículos, por lo tanto, cualquier exigencia social deberá poder acreditarse a través de alguno de los documentos relacionados en el art. 65 a 68 (33).

c) no resulte discriminatoria.

En base a las anteriores consideraciones, si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos, que se acreditará mediante una relación de las principales obras, suministros o servicios realizados en los últimos años. Por ejemplo, podrá exigirse como criterio de solvencia una experiencia específica en materia de gestión de una guardería (si el contrato es para la gestión de una guardería), o en la prestación de servicios de formación para desempleados de larga duración (si el contrato tiene tal objeto). Asimismo, en fase de valoración de la solvencia, el órgano de contratación podrá verificar la composición del personal de la empresa y los cuadros que forman parte del mismo, los equipos técnicos con los que ésta cuenta y el sistema de control de la cali-

---

(31) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 12.

(32) Más flexibilidad se ofrece desde el propio art. 63 LCSP (apdo. 3) respecto de las entidades del Sector público que no tengan la condición de Administraciones Públicas, que *podrán admitir otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 64 a 68 para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada*.

(33) *Vid. Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 11. En el mismo sentido se pronuncia el informe 2/2006, de 9 de febrero, de la JCCA de la Generalitat de Cataluña, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas de la Administración de la Generalidad de Cataluña cláusulas relativas a responsabilidad social, como por ejemplo, garantizar la aplicación de las condiciones laborales recogidas en los convenios colectivos y la eficacia en la gestión de la prevención de riesgos laborales, al señalar en relación a la gestión de la prevención de riesgos laborales, que puesto que ninguno de los medios consignados en los artículos 17 a 19 del TRLCAP hace referencia a la gestión de riesgos laborales, no puede considerarse este medio como criterio de selección de las empresas licitadoras. Sin embargo, añade la Junta, es preciso insistir en que los mecanismos de control del cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene previstos en las normas específicas sobre prevención riesgos laborales son los que, llegados el caso, impedirán a las empresas que no las cumplan convertirse en contratistas de la Administración, y esto, por la vía de las prohibiciones para contratar.

dad, a fin de asegurarse de que la empresa dispone de la capacidad necesaria, en términos de cualificación del personal y medios materiales, para ejecutar o llevar a cabo el contrato. También podrá valorarse el grado de estabilidad en el empleo, exigiéndose una declaración sobre la plantilla media anual de la empresa, pudiendo apreciarse, de este modo, no sólo el promedio anual del personal no directivo, sino también el número de empleados integrados en la empresa, el mantenimiento, incremento o descenso del número de trabajadores, la conversión de temporales en fijos, las categorías y funciones desempeñadas por cada uno de ellos, su experiencia dentro de la empresa, etc. (34).

En cuanto a la posibilidad de valorar la siniestralidad laboral que han sufrido las empresas licitadoras como criterio de solvencia, el difícil engarce de dicha circunstancia con los medios de acreditación de la solvencia previstos en los arts. 64 a 68 LCSP determina su inviabilidad (35).

De *lege ferenda*, otra de las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales en la contratación podría ser la de privar de la participación en un concreto procedimiento de adjudicación a las empresas que presenten valores sociales anormalmente bajos. Tal posibilidad pasaría por la determinación objetiva de unos parámetros que permitiesen concluir la idoneidad social de una empresa para la ejecución de un contrato singular, y con base en los mismos proceder al rechazo de su oferta. No se trataría tanto de determinar la concurrencia de una causa de prohibición de contratar, que afecta de forma general a cualquier tipo de contrato, cuanto de poder rechazar el acceso de una empresa a un determinado contrato. Tal podría ser el caso de los incumplimientos en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad que hubiesen sido sancionados administrativamente con carácter leve, o de los incumplimientos en materia social (prevención de riesgos laborales) o medioambiental sancionados administrativamente con carácter

---

(34) En definitiva, se acepta que el grado de estabilidad de los empleados del candidato incide en la mayor o menor cualificación del personal disponible para la ejecución del contrato y, por consiguiente, en la solvencia técnica requerida al contratista, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 31. En el mismo sentido, BLÁZQUEZ ROMÁN y RAMÍREZ HORTELANO entienden que el tiempo durante el cual la empresa cuenta, de forma continuada y estable con la experiencia y capacitación profesional de los trabajadores que integran su plantilla, constituye un elemento de valoración de la capacidad técnica de aquélla, «Las cláusulas...», p. 41. La valoración de la estabilidad en el empleo en fase de solvencia ha sido admitida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 5/2002, de 13 de junio, y la de la Generalitat de Cataluña en su informe 4/2001.

(35) Tal conclusión fue defendida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe núm. 11/1999, de 30 de junio.

grave o leve. La graduación de estas infracciones impediría determinar la concurrencia de una prohibición de contratar, pero las circunstancias que rodeen el objeto del contrato podrían desaconsejar que accedieran al mismo empresas que hubieran sido sancionadas por la comisión de las anteriores infracciones (valores sociales anormalmente bajos del licitador —no de la oferta—).

En cualquier caso, en la definición de los parámetros debería respetarse el principio de proporcionalidad, de manera que ni un único incumplimiento, ni cualquier infracción de las materias anteriormente señaladas, con independencia de su naturaleza, determinase por sí sola la inidoneidad desde el punto de vista social de la empresa para acceder al contrato.

#### **D) Los aspectos sociales en la determinación del procedimiento de adjudicación**

El efecto apuntado en el apartado anterior quizás pudiera lograrse mediante el recurso al procedimiento restringido para llevar a cabo la adjudicación, configurando los parámetros de idoneidad social como criterios de selección de las empresas que con posterioridad han de presentar sus ofertas (36).

En el procedimiento restringido, como señala el art. 146, *sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación*. Para seleccionar a los candidatos, el art. 147.1 LCSP señala que *con carácter previo al anuncio de la licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 64 a 68, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones*.

Una interpretación estricta de la referencia contenida en el art. 147.1 LCSP a los *criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 64 a 68*, conduciría a afirmar que los criterios de selección de los candidatos deben identificarse, necesariamente, con alguno de los recogidos en los arts. 64 a 68 LCSP. No obstante, creemos, y razones hay para ello, que los criterios de selección de los candidatos no deben ceñirse exclusivamente

---

(36) En tal sentido, GIMENO FELLIÚ, J.M.: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, Madrid, 2006, p. 191, y VÉRNIA TRIGO, S.: «La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública», en esta REVISTA, núm. 20, Junio de 2002, p. 437.

a las circunstancias enumeradas en esos arts. 64 a 68 LCSP (37). La remisión del art. 147.1 LCSP a los arts. 64 a 68 obliga a asumir la integración de los aspectos sociales en la solvencia técnica del empresario, pero las posibilidades son mayores, porque no parece demasiado congruente con el fundamento de este tipo de procedimiento de adjudicación (restringido) el que la entidad adjudicadora pueda establecer cláusulas sociales para la selección de los candidatos en la misma medida en que puede hacerlo en el procedimiento abierto, es decir, sólo como elementos integrantes de la solvencia técnica o profesional exigible a todo candidato interesado en la obtención de un determinado contrato público (38).

Es por ello que entendemos factible defender la posibilidad de que figuren como criterios de selección de los candidatos en un procedimiento restringido aspectos como el apuntado anteriormente, el no haber sido sancionado por la comisión de infracciones en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad que hubiesen sido sancionados administrativamente con carácter leve, o de los incumplimientos en materia social (prevención de riesgos laborales) o medioambiental sancionados administrativamente con carácter grave o leve. Asimismo, a diferencia de lo que sucede con la acreditación de la solvencia técnica, también podrían configurarse como criterio de selección de los candidatos el contar con unas especiales medidas de prevención de la siniestralidad laboral.

Mayores posibilidades de integrar aspectos sociales ofrece la utilización de los procedimientos negociados por razón de la cuantía, o los contratos menores. Ahora bien, la utilización de los anteriores procedimientos tomando en consideración algunos aspectos sociales nada tiene que ver con la pretensión, defendida en ciertos sectores, de que determinados contratos sean adjudicados preferentemente a entidades sin ánimo de lucro por razón de tal condición. Este objetivo no es propiamente una cláusula social, por más que

---

(37) La redacción del art. 147 LCSP, heredera de la del art. 91.1.a) TRLCAP, es desafortunada, pues de su tenor literal parece deducirse que los criterios objetivos de invitación deben estar previstos en los arts. 64 a 68 (16 a 19 TRLCAP), lo cual no es exactamente lo que se deduce de las Directivas. La Directiva 2004/18 no impone que los criterios de invitación del procedimiento negociado sean necesariamente criterios que estén tipificados como criterios de solvencia, sino que se invite a candidatos que reúnan las condiciones de solvencia establecidas, y que los criterios de esa invitación se refieran a características subjetivas, esto es, personales, del empresario, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 41, nota 37.

(38) GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 41-42. Se trata, según este autor, de una licitación selectiva y, por consiguiente, la entidad adjudicadora puede establecer en el pliego de cláusulas particulares como criterios de admisión a la fase licitatoria del procedimiento restringido aquellas cláusulas sociales que considere conveniente, siempre que tengan relación con el objeto contractual, y no menoscaben o dificulten la correcta ejecución del contrato.

quienes lo defienden argumenten la naturaleza y los objetivos de estas entidades. Se trata en estos casos de privilegiar a un determinado tipo de licitador, excluyendo al resto, opción que carece de amparo legal.

Los contratos menores y los procedimientos negociados por causa de su valor estimado tienen unos presupuestos limitados (39), y en consecuencia, la adjudicación de estos contratos no está sometida a unas obligaciones y procedimientos tan rígidos. En el procedimiento negociado, la entidad contratante está capacitada para elegir a los candidatos que, siendo capaces de realizar la prestación, considere más apropiados, siendo la determinación de los criterios con arreglo a los cuales realizar esa selección una facultad discrecional del órgano de contratación. Mayor flexibilidad para integrar aspectos sociales ofrecen los contratos menores, donde no existe siquiera la obligación de fijar criterios de admisión para participar en el procedimiento. No obstante, en ambos procedimientos debe respetar el órgano de contratación los principios generales de la actuación contractual administrativa: objetividad e igualdad de trato.

Con estas modalidades contractuales puede efectuarse de forma fluida la conexión con las entidades sin ánimo de lucro que lleven a cabo políticas sociales, y seguramente constituye un segmento de la contratación que de forma natural es más apropiado para estos objetivos. Así, obras de escasa cuantía y al mismo tiempo, en correspondencia, de escasa dificultad técnica, y multitud de servicios (de mantenimiento, y diversidad de servicios auxiliares a la Administración pueden ser —y son en la práctica— expresiones concretas de incorporación de consideraciones sociales en la contratación administrativa (40).

### **E) Limitaciones a la contratación con empresas de trabajo temporal (ETT)**

En materia de contratación de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal, la versión del Proyecto de LCSP que salió aprobada del Congreso de los Diputados admitía los contratos de puesta a disposición de la Administración de trabajadores celebrados con este tipo de entidades. Así, en su Disposición Adicional quinta, admitía la celebración de ...*contratos de*

---

(39) A tenor del art. 122.3 LCSP, *se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos.*

En cuanto a los procedimientos negociados por razón de la cuantía, de conformidad con los arts. 155.d), 157.f), 158.e) y 159 LCSP, se admiten para la realización de obras por valor estimado de hasta un millón de euros, y de otros contratos por importe de hasta 100.000 euros.

(40) Cfr. Informe 4/2001, de 23 de noviembre de la Comisión permanente de la JCCA de la Generalitat de Catalunya (Vid. apdo.1.3).

*servicios con empresas de trabajo temporal para la puesta a disposición de personal por un plazo determinado, siempre que en la documentación preparatoria del contrato se acredite debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de que dispone la entidad contratante para cubrir las necesidades que tratan de satisfacerse a través del contrato.*

No obstante, una de las pocas enmiendas aprobadas en el Senado, a propuesta del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, y motivada para facilitar que *cualquier modificación introducida en esta materia se realice a través del diálogo social*, hizo que la regulación de este tipo de contratos no experimentase cambio alguno respecto a la regulación de los mismos en el TRLCAP, de manera que dichos contratos no resultan admisibles con carácter general... *salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos.*

Los límites a la contratación con empresas de trabajo temporal establecidos en la Disposición Adicional quinta LCSP pueden entenderse como una cláusula general que opera en la fase de preparación de los contratos, y que pretende tomar en consideración el nivel de estabilidad de los empleos (contratos con duración indefinida), en la contratación pública (41).

## **2. Adjudicación del contrato**

Una vez seleccionados a los licitadores, la siguiente fase es la de selección de la oferta económicamente más ventajosa. Para ello debe atenderse a criterios directamente vinculados con el objeto del contrato (en la LCSP desaparece la denominación de subasta y concurso como formas de adjudicación, salvo para referirse, en el primer caso, a la subasta electrónica).

La posibilidad, sujeta a los límites que a continuación se dirán, de tener en cuenta aspectos sociales en la adjudicación de los contratos queda limitada, de una parte, a los supuestos en que se utilicen varios criterios de adjudicación para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, resultando inviable su consideración como único criterio de adjudicación (42),

---

(41) La contratación con ETT's por las Administraciones Públicas va en contra de la tendencia generalizada a la promoción de la estabilidad en el empleo, ESPÍN SÁEZ, Maravillas, en «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid núm. 1, 1999 (artículo firmado junto a Eduardo Melero Alonso).

(42) El segundo párrafo del art. 134.1 LCSP dispone que cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

y de otra, al establecimiento en los pliegos que rigen la ejecución del contrato de una preferencia en la adjudicación en favor de entidades que cumplan unos determinados requisitos sociales.

## **A) Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación**

La finalidad de los criterios de adjudicación es permitir al órgano de contratación comparar las ofertas de manera objetiva. Por ello, todo criterio de adjudicación debe permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio (43). *A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva... En estas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato.* En estos términos recoge el Considerando 46 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, la posibilidad de utilizar aspectos sociales como criterios de adjudicación (44).

Ahora bien, la posibilidad de utilizar criterios sociales para la adjudicación de un contrato público queda supeditada, a que (45):

1. dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato (o a sus condiciones de ejecución) (46). Este es un aspecto fundamental, ya que, tal y como ha señalado la Comisión Europea, la característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que, al igual que los criterios que se citan a modo de ejemplo, todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación

---

(43) *Comunicación interpretativa...*, 2001, p. 13.

(44) No obstante lo anterior, y a diferencia de lo que sucede con el art. 134 LCSP (criterios de valoración de las ofertas) dicha posibilidad no se recoge en el art. 53.1 de la Directiva (criterios de adjudicación del contrato). Como bien explica J.A. MORENO MOLINA, en el complicado proceso de negociación de la Directiva 2004/18, los representantes del Gobierno español lograron insertar en el citado Considerando una referencia expresa a la utilización de los criterios sociales en la adjudicación de los contratos, referencia que no se pudo consensuar para incluirla en el artículo de la Directiva, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, p. 525, nota 213.

(45) STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99, *Concordia Bus Finland*, apartado 64. Tales límites han sido recogidos en el Considerando núm. 1 de la Directiva 2004/18.

(46) No se exige que esa relación con el objeto contractual sea inmediata o especialmente intensa, sino sólo una verdadera vinculación; lo que se persigue es evitar criterios adjudicadores ajenos a la correcta ejecución del contrato, y, por ello, es suficiente que la cláusula social establecida como criterio de adjudicación contribuya a la realización de las prestaciones pactadas, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 63



objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Es por ello que todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio, para lo cual se hace necesaria su vinculación al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución (47).

2. no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada,

3. estén expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato, y

4. se atengan a los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia (48).

Y junto a los anteriores, no olvidemos que el establecimiento de los criterios de adjudicación debe estar orientado a la obtención de una ventaja económica para el órgano de contratación, si bien es cierto que puede interpretarse la mayor ventaja económica no sólo en sentido directo, sino admitiendo las ventajas económicas indirectas con el objeto del contrato, pero directas con los fines públicos perseguidos por la entidad contratante (49).

Entre los criterios de adjudicación que se mencionan en el art. 134 LCSP encontramos una referencia genérica a los de carácter social (50). El hecho

---

(47) Comunicación interpretativa..., 2001, pp. 13 y 14

(48) Sobre estos principios, Moreno Molina, J.A.: *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

(49) Ello no significa, como defendió en su día la Comisión Europea, que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa deba ser necesariamente de naturaleza meramente económica, Comunicación..., p. 15. El TJCE, en su Sentencia de de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99, *Concordia Bus Finland*, apartado 55, señaló que no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda corroborada por el propio tenor literal del artículo que enumera los criterios de adjudicación, que alude expresamente al criterio relativo a las características estéticas de una oferta, criterio que difícilmente puede valorarse desde un punto de vista meramente económico. Según GOSÁLBEZ PEQUEÑO, las ventajas exigidas se refieren a la oferta global en su conjunto, no a todos los elementos que la componen, «¿Cláusulas sociales...», p. 65.

(50) Dicho artículo enumera como criterios de adjudicación la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, *las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población espe-*

de que se mencionen de esta forma genérica no debe dar la falsa impresión de su admisibilidad general, pues siguen estando sujetos al cumplimiento de los requisitos enunciados anteriormente (51). Y lo cierto es que resulta extremadamente complicado que un criterio social cumpla, al mismo tiempo, los requisitos anteriormente señalados, en particular, que proporcione una ventaja económica para el órgano de contratación ligada al producto o servicio objeto del contrato (52).

---

*cialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. No obstante, reiteramos, estos criterios sociales no aparecen recogidos en el art. 53 de la Directiva 2004/18, relativo a los criterios de adjudicación.*

(51) En palabras de MOLINA NAVARRETE, la propia EM de la LCSP va a resaltar, cierto que con algún exceso propio de este momento introductor y en el que el legislador rara vez puede vencer la narcisista tentación de mostrarse «encantado» con «su creación», la inclusión de mecanismos que van a *permitir atender en la contratación a consideraciones de tipo social y medioambiental configurándolas como condiciones especiales de ejecución... o como criterios para valorar las ofertas...* Ahora bien, estos mecanismos no representan una obligación sino solo una posibilidad que la LCSP abre al Sector Público, y siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario, «Las cláusulas...», p. 24.

(52) En relación con la vinculación del criterio de adjudicación al objeto del contrato, el 23 de abril de 2008 se publicó en el BOCG una Proposición de Ley de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, para el impulso del comercio justo en la Administración Pública presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (En términos similares se habían presentado diversas enmiendas por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds durante la tramitación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, vid. enmiendas 125 y 127, BOCG de 29 de marzo de 2007, pp. 216 a 218). Entre los diferentes aspectos a modificar, se propone la introducción de un apartado 1bis al artículo 134 con el que se pretende especificar mucho más la referencia general a la posibilidad apuntada en el apartado 1 de utilizar criterios sociales como criterios de adjudicación. Así, el apartado Seis de la Proposición de Ley señala la adición de un apartado 1 bis del siguiente tenor: *Se considerarán directamente vinculados al objeto del contrato aquellos aspectos sociales de carácter objetivo y cuantificable relativos a las condiciones laborales de ejecución de un contrato o al sistema de producción de los bienes objeto de contratación, tales como el número o porcentaje de trabajadores en situación de riesgo de exclusión social o con discapacidad, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, el porcentaje de plantilla indefinida, la seguridad y salud laboral, así como la salvaguarda y cumplimiento de los Derechos Humanos y los estándares laborales definidos en la OIT cuando hubieran sido producidos en países económicamente pobres, entre otros.*

Sin entrar a objetar el fin perseguido, quizás los medios elegidos no sean los mejores. A nuestro juicio los criterios que se indican en el que sería, caso de ser aprobada la Proposición, el nuevo art. 134.1.bis, difícilmente pueden superar el juicio de la ventaja económica para el órgano de contratación ligada al producto o servicio objeto del contrato que exige la normativa y jurisprudencia comunitaria.

De otra parte, la Proposición de Ley sugiere además otras modificaciones en relación con las prohibiciones de contratar, la acreditación de la solvencia técnica en relación con los contratos de suministro y servicios, la posibilidad de que las prescripciones técnicas contemplen criterios de comercio justo o las condiciones de ejecución del contrato, además de definir qué productos tendrán la consideración de «comercio justo».

Es cierto que, en alguna ocasión, el propio TJCE ha admitido alguna cláusula social como criterio de adjudicación, pero lo cierto es que su utilización queda condicionada a que dichas cláusulas respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (53).

A pesar de lo dispuesto con carácter general en la LCSP, lo cierto es que en la práctica, la admisibilidad de los criterios sociales como criterios de adjudicación se juzga con arreglo a criterios muy restrictivos. La mayor parte de las ocasiones, el rechazo a estas cláusulas no se debe a que no estén expresamente previstas o mencionadas en un precepto legal (p. ej. art. 134 LCSP), sino por no poder asemejarse a los criterios de adjudicación en él definidos, al ser los aspectos sociales más bien elementos propios del sujeto y no del objeto contractual (54). Así, se han rechazado, como criterios de adjudicación, la estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido, la ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la empresa, o las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato (55), así como el índice de siniestralidad laboral (56).

Ese criterio restrictivo es el que inspiró el recurso presentado en su día por la Comisión Europea contra el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecían medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo (57). A tenor del art. 2 del Decreto, en los *Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, además de los criterios objetivos que se establezcan conforme a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se incluirán necesariamente uno o varios de los siguientes criterios objetivos relativos al empleo, atendiendo a las características específicas del objeto de cada contrato:*

---

(53) Cfr. apdo. 50 STJCE de 26 de septiembre de 2000, As. C-225/98, Comisión c. Francia, que admite la utilización del genérico *criterio de lucha contra el desempleo* como criterio de adjudicación.

(54) GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 56.

(55) Cfr. Informe de 16 de diciembre de 1998, Expte. 44/98.

(56) Cfr. Informe JCCA del Estado de 20 de junio de 1999, Expte. 11/99. A tenor del mismo informe, tampoco puede ser utilizado dicho criterio como requisito de solvencia técnica.

(57) Dictamen Motivado, remitido el 8 de febrero de 2002, a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (Infracción nº 1998/5040).

a) *Estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición.*

b) *Porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquélla.*

c) *Porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato.*

d) *Nuevas contrataciones de trabajadores vinculadas a la ejecución del objeto del contrato.*

En relación con el contenido de dicho artículo, la Comisión Europea señaló que *no cabe duda de que los objetivos que persigue la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la promoción del empleo estable no sólo son loables, sino que se adecuan perfectamente a la política social comunitaria. Lo que la Comisión objeta no es el fin, sino el medio. Las directivas comunitarias sobre contratación pública y las disposiciones del Tratado aplicables en la materia se integran en el marco de la realización del mercado interior: sus objetivos son, por una parte, optimizar la gestión de las compras públicas, tratando de obtener la mejor relación calidad-precio y, por otra, garantizar una competencia efectiva y unas condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas. Las directivas que rigen la contratación pública no han sido por tanto concebidas como instrumentos de la política social, que tiene otros medios de los que servirse. Ello se refleja en el articulado actual de las directivas, que sólo admiten las dos formas de adjudicación descritas más arriba, sin que quepa incluir entre los criterios de adjudicación ninguna consideración ajena a la prestación concreta de que se trate* (58). El recurso de la Comisión motivó que posteriormente, mediante Decreto 128/2005, la Comunidad de Madrid derogara este artículo segundo del Decreto 213/1998 (59).

---

(58) En el mismo sentido la JCCA del Gobierno de Islas Baleares en su informe 4/2002, de 27 de junio de 2002, al serle sometido un proyecto de Decreto de medidas en la contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de apoyo a la estabilidad y a la calidad del empleo que contenía un artículo idéntico al del Decreto madrileño, informó desfavorablemente la tramitación del proyecto de Decreto en atención a que la parte esencial e innovadora del mismo regulada en su artículo 2, se opone al criterio emanado de esta Junta en su informe 16/2001, conforme al cual las medidas de carácter social no tienen cabida como criterio de adjudicación de los contratos al no referirse al objeto de la prestación.

(59) No obstante, la admisibilidad de dichos criterios en fase de adjudicación fue considerada conforme a Derecho por el TSJ Comunidad de Madrid en su Sentencia de 30 de mayo de 2003, al señalar su Fundamento Jurídico séptimo que

*...Partiendo del hecho indiscutido de que los criterios establecidos en el art. 2 del Derecho impugnado hacen referencia a la plantilla de la empresa con especial incidencia aunque no única*

En cualquier caso, de admitirse la utilización de los criterios sociales como criterios de adjudicación por cumplir los requisitos señalados anteriormente, la necesaria relación que todo criterio ha de poseer con las concretas prestaciones del contrato obliga a que la ponderación de la cláusula social en el pliego deba fijarse atendiendo a la correcta ejecución del contrato (60).

## **B) La preferencia en la adjudicación**

Como cierre del sistema de «cláusulas sociales», la LCSP establece la preferencia en la adjudicación de contratos administrativos a favor de determinadas entidades, cuando concurren una serie de circunstancias. Esta preferencia en la adjudicación no es un procedimiento, ni siquiera otro criterio de adjudicación (61). Su verdadera naturaleza responde a la de un *criterio de desempate* que, *lege lata* (62), sólo opera en los contratos celebrados por Administraciones públicas, sin perjuicio de que tal preferencia pueda acogerse también en las Instrucciones de procedimiento que regulan la adjudicación de contratos celebrados por entidades que no tienen la consideración de Administración Pública.

---

*en los trabajadores con contrato indefinido, entiende esta Sección, que aquellos ofrecen una doble vertiente: por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y concretamente de la composición de su plantilla, pero por otra parte no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato. Así la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tiene una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración.*

*Ha de entenderse por ello, que una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (20% en el caso del Decreto impugnado) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria.*

(60) GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», p. 67

(61) GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales...», pp. 47-51.

(62) Sólo en los contratos celebrados por Administraciones públicas encontraremos los pliegos de cláusulas administrativas particulares a que se refiere la D.A. 6 LCSP. En los contratos celebrados por entidades que no tienen la consideración de Administración pública, la Circular 1/2008 de la Abogacía General del Estado, sobre las Instrucciones internas en materia de contratación de los arts. 175.b) y 176.3 LCSP señala que «Dada la naturaleza privada de las entidades de continua referencia, no procede emplear la denominación de «Pliegos de cláusulas administrativas particulares» sino la de «Pliegos de condiciones particulares» o cualquier otra que no atribuya a los mismos un carácter administrativo del que carecen, p. 9.

Aun habiendo recibido alguna crítica la Disposición Adicional Octava del TRLCAP de la que trae causa (63), la Disposición Adicional Sexta LCSP recoge la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares dispongan la preferencia en la adjudicación de un contrato (cualquiera de ellos, y con independencia de los criterios de adjudicación que se hayan utilizado) a favor de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100 (64), empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social (65), u Organizaciones de comercio justo.

La misma preferencia podrá otorgarse a las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica (y siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato) respecto de la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial.

Con respecto a las posibilidades que ofrecía la Disposición Adicional Octava TRLCAP, la Disposición Adicional Sexta LCSP ha ampliado las entidades respecto de las cuales puede establecerse la preferencia en la adjudicación. Además de para las empresas que tengan en su plantilla un número de

---

(63) La D.A. 8 TRLCAP responde a la finalidad de la conveniente introducción de las «cláusulas sociales» en la contratación administrativa y merece un juicio crítico negativo, dado que toda idea de preferencia repugna la objetividad de la adjudicación por concurso sin que quepa alegar la finalidad social que cumplen dichas cláusulas, pues al margen que habría que cuestionarse por qué se incluyen éstas y no otras, las finalidades sociales deben ser cumplidas al margen y con independencia de la contratación administrativa, SANTIÁS VIADA, J.A.: «Modificaciones introducidas en el texto de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, en materia de procedimientos, formas y criterios de adjudicación de los contratos», Noticias de la Unión Europea núm. 198, 2001, p. 78.

(64) La LCSP no especifica qué tipo de discapacidad debe afectar a los trabajadores. En cambio, la Ley andaluza 18/2003, de medidas fiscales y administrativas, establece en su artículo 115 que dichos trabajadores tengan un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Dicha disposición exige, además, que ese cómputo de personas (2%) se refiera a la plantilla de los centros de trabajo de las empresas radicados en Andalucía, extremo este que resulta discriminatorio con respecto al resto de empresas.

(65) Aunque el apdo. 2 de la disposición adicional sexta hace referencia a la regulación de las empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social en la Disposición Adicional novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, debe tenerse en cuenta que tal disposición ha sido expresamente derogada por la Disposición derogatoria única de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, por lo que a la regulación contenida en tal disposición habrá de atenderse en cuanto a la regulación de las empresas de inserción..

trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, puede establecerse dicho beneficio para las empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, Organizaciones de comercio justo y entidades sin ánimo de lucro. Debe reiterarse en este punto, tal y como lo han hecho ya diferentes órganos consultivos en materia de contratación, el carácter restrictivo y limitado que debe darse a la posibilidad de considerar otros criterios de preferencia en la adjudicación de los contratos (66). No obstante lo anterior, se ha admitido en alguna ocasión la posibilidad de que se establezcan criterios adicionales de desempate, o a favor de sujetos distintos (67), circunstancia que contrasta con el carácter básico que la Disposición final Séptima LCSP atribuye a la Disposición adicional Sexta.

---

(66) Cfr. Informe JCCA del Estado 44/2004, de 12 de noviembre, sobre la posibilidad de incluir cláusulas de discriminación positiva en los pliegos (cuya conclusión parece ahora superada, tras las previsiones contenidas en el art. 34 LO 3/2007), e Informe JCCA de la Generalitat de Cataluña 4/2006, de 18 de mayo, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas una cláusula de preferencia de las empresas adheridas al arbitraje de consumo. La Junta Catalana concluye la imposibilidad de admitir dicha cláusula preferencial ya que puede producirse un efecto discriminatorio en relación la diferencia de trato que recibirían las empresas adheridas a un arbitraje de consumo respecto de las que no lo están, cuando esta discriminación positiva no está prevista, ni se deriva de las directivas en materia de contratación pública, ni del TRLCAP, ni de la normativa sectorial en materia de consumo. Por otro lado, es preciso recordar el carácter voluntario de la adhesión de las empresas al sistema extrajudicial de resolución de conflictos mediante una junta arbitral de consumo, sistema que está previsto por la normativa sectorial en materia de consumo como una medida de fomento con tendencia a mejorar la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.

(67) Cfr. Informe JCCA de la Generalitat de Cataluña 3/1998, de 8 de mayo, e informe de la JSCA de la Generalitat de Valencia 4/2002, de 5 de junio. En el primero de ellos, la Junta Catalana consideraba viable y respetuoso con los requisitos generales de la contratación pública introducir un factor de adjudicación complementario que permita dar preferencia, en la adjudicación de los contratos de obras, a las proposiciones presentadas por la empresa que, de manera justificada, se comprometían a emplear un porcentaje determinado de personal procedente de empresas de inserción sociolaboral. En todo caso, estas proposiciones tendrían que igualar, en cuanto a los términos, las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvieran de base para la adjudicación (en la línea de lo que la LCAP expresa en la disposición adicional octava, en relación con la contratación con empresa que tengan personas con discapacidad en su plantilla). En el caso del informe valenciano, errando en la atribución de la condición de «no básica» de la D.A. 8 TRLCAP, afirma que el carácter no básico de esta norma no impide el que la Administración autonómica pueda establecer otros criterios adicionales de desempate que afecten a aspectos sociales, lo que le llevó en su momento a aceptar la legalidad de legalidad de una cláusula prevista en un artículo de la Ley valenciana de igualdad que disponía la preferencia en la adjudicación de contratos públicos a favor de empresas que dispusiesen de un plan de igualdad, siempre que la proposición igualase en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base a la adjudicación del contrato. Por su parte, la JCCA de la Junta de Andalucía prefirió no pronunciarse en su informe 2/2005, de 31 de mayo, sobre la viabilidad de utilizar en las contrataciones públicas un criterio de preferencia en las adjudicaciones a favor de las empresas que contraten a trabajadores con discapacidad.

Ahora, bien, esa preferencia en la adjudicación a favor de este tipo de organizaciones queda sujeta a unos límites que, por estrictos, hacen prácticamente inaplicable dicha preferencia. Y es que la preferencia en la adjudicación de contratos queda limitada a los supuestos de situaciones de igualdad desde el punto de vista de los criterios de adjudicación, entre las proposiciones presentadas por las empresas que integran en sus plantillas a personas con discapacidad, empresas dedicadas a la inserción laboral de personas en situación de exclusión social, entidades sin ánimo de lucro u organizaciones de Comercio Justo y las proposiciones presentadas por otros empresarios (68). A nuestro entender, esta condición limita el alcance de la medida establecida, pues resulta muy difícil, por no decir imposible, que dos proposiciones sean iguales, y a partir de dicha igualdad puedan jugar los aspectos sociales (69).

Pero es que además, en caso de que la igualdad se produzca entre dos o más proposiciones presentadas por empresas que integran en sus plantilla a personas con discapacidad, empresas dedicadas a la inserción laboral de personas en situación de exclusión social, entidades sin ánimo de lucro u organizaciones de Comercio Justo, la LCSP no aporta un criterio para deshacer esa «posible» igualdad de las ofertas. La única regla de «desempate» que aporta la LCSP se refiere a los supuestos en que varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100. En tales casos, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

Para los restantes casos de empate, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 11 de marzo de 2005 (Expte. 1/05) concluía en un supuesto similar que *...el supuesto planteado difícilmente podrá producirse, pues aparte de ser facultativo para el órgano de contratación la inclusión en el pliego de tales cláusulas, se parte de la existencia de varias propuestas iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos para adjudicar el contrato y dentro de las propuestas iguales, de diferentes licitadores que [en nuestro caso, integran en sus plantilla a personas con discapacidad, empre-*

---

(68) Así lo ha señalado la Junta Consultiva de contratación Administrativa del Estado, en sus informes 44/1998, de 16 de diciembre, y 1/05, de 11 de marzo de 2005.

(69) La crítica a la D.A. Octava TRLCAP —válida ahora respecto del contenido de la D.A. Sexta LCSP— puede ser superada si se tiene en cuenta la inoperancia de la respectiva norma, pues, aparte de la inclusión facultativa y no preceptiva de las cláusulas en los respectivos pliegos, lo cierto es que no se establece ninguna preferencia efectiva al quedar supeditada la misma a que se trate de proposiciones iguales y más ventajosas desde el punto de vista de la aplicación de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, supuesto de difícil producción tratándose de concursos, SANTÍAS VIADA, J.A.: «Modificaciones introducidas...», p. 78.



sas dedicadas a la inserción laboral de personas en situación de exclusión social, entidades sin ánimo de lucro u organizaciones de Comercio Justo]. *En todo caso habría que llegar a la conclusión de que la imposibilidad de resolver la igualdad con la preferencia consignada en los pliegos daría lugar a declarar desierto el concurso por imposibilidad de adjudicación*

En el caso en que se quiera hacer uso de esta preferencia en la adjudicación a favor de las entidades anteriormente mencionadas (insistimos, sólo para el caso en que se produzca un empate desde el punto de vista de la aplicación de los criterios de adjudicación) el órgano de contratación deberá hacerlo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, haciendo expresa referencia a la Disposición Adicional Sexta LCSP.

En cuanto al modo de estimar la preferencia, al venir establecida en el pliego, y referida expresamente a la Disposición Adicional Sexta LCSP, serán las propias empresas las que tengan que acreditar, no simplemente declarar, que cumplen los requisitos que la citada disposición adicional sexta exige, resultando obvio que la empresa que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas más ventajosas.

### **3. Ejecución del contrato**

Tal y como hemos tenido la oportunidad de comprobar, la posibilidad de utilización de cláusulas sociales en las fases de preparación y adjudicación resultan un tanto limitadas. Desde que existe la preocupación por la utilización de la contratación pública para la satisfacción de fines sociales, ha sido la fase de ejecución de los contratos la que se ha considerado más adecuada para la inclusión de cláusulas que atendieran a dicho objetivo (70).

#### **A) Las condiciones especiales de ejecución**

La normativa comunitaria y nacional sobre contratación pública admite la posibilidad de que los órganos de contratación establezcan por la vía contractual condiciones de ejecución del contrato, referidas especialmente a consideraciones de tipo social o medioambiental (71). Para ello, lo único que se exige es que dichas condiciones sean conformes con el Derecho comunitario,

---

(70) Cfr. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001 (Vid. apdo. 1.6), y Recomendación 1/2001, de 5 de abril de 2001, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Vid. conclusión núm. 2).

(71) Cfr. art. 26 Directiva 2004/18, de 31 de marzo, y art. 102 LCSP

y que se anuncien debidamente, incluyendo una referencia a las mismas en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares que posteriormente formará parte del contrato (72).

Al incluirse en el pliego de cláusulas administrativas, los licitadores deberán tener en cuenta que al presentar sus ofertas, aceptan cumplir dichas condiciones en la fase de ejecución del contrato. En ningún caso podrán los licitadores rechazar o limitar el alcance de dichas condiciones al presentar sus proposiciones, ya que en tales casos, nos encontraríamos ante ofertas que no se ajustan al pliego, y que, por tanto, deben ser rechazadas.

Las condiciones de ejecución que se establezcan deben respetar el Derecho comunitario. Dichas condiciones de ejecución no podrán consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su solvencia económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación. En este sentido, las cláusulas de ejecución de los contratos son independientes de la solvencia de los contratistas y de los criterios de adjudicación.

La principal limitación o condicionante al establecimiento de cláusulas sociales como condiciones de ejecución es la prohibición de que éstas resulten discriminatorias. En este sentido, para poder determinar si estamos ante una cláusula discriminatoria o no se tendrá que valorar cada supuesto concreto, sin que puedan hacerse previsiones «a priori» de indicadores válidos para todos los órganos de contratación. Es preciso, eso sí, garantizar en todo caso la integridad de los principios de libertad de establecimiento, de prestación de servicios y no discriminación por razón de nacionalidad.

En esta línea, y a modo de ejemplo, la exigencia de contratar un determinado número de trabajadores en paro para la ejecución del contrato no resultaría, en sí misma, una cláusula discriminatoria. Ahora bien, si a esta exigencia se le incorpora la obligación de que este trabajador sea de una determinada zona geográfica o de una nacionalidad determinada, sí que podría resultar contraria al principio de igualdad y no discriminación.

Entre las condiciones de ejecución que, atendiendo a objetivos de carácter social, podrían resultar admisibles, podemos encontrar las siguientes:

1) la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación;

---

(72) Así, el art. 26 de la Directiva 2004/18 dispone que *los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.*

2) la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica;

3) la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;

4) la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo.

5) consideraciones relativas a la situación de la exclusión social de los trabajadores vinculados a la realización del contrato (73).

No obstante lo anterior, y aunque no existe ningún límite preestablecido, lo cierto es que no cualquier tipo de contrato resulta idóneo para incluir condiciones de ejecución de carácter social. Los contratos públicos de obras y servicios, que ofrecen la oportunidad de imponer un determinado modo de ejecución, son los que mejor permiten a los poderes adjudicadores tener en cuenta intereses de tipo social. En el caso de los contratos de suministros, y al margen de la elección fundamental del objeto de los mismos, las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales son más limitados.

Tan importante como incorporar esas condiciones de ejecución de los contratos de carácter social resulta determinar las consecuencias de su eventual incumplimiento. En este sentido, debemos acoger positivamente la posibilidad que ofrece el art. 102.2 LCSP de establecer penalidades para el caso de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución. Estas penalidades deberán fijarse en el pliego, ser proporcionales al nivel de incumplimiento y las consecuencias del mismo, y en ningún caso su cuantía podrá ser superior al 10 por ciento del presupuesto del contrato.

Ahora bien, cuando en el Pliego se establezca el carácter esencial de la condición de ejecución, el incumplimiento de la misma por parte del contratista facultará al órgano de contratación para resolver el contrato, debiendo el contratista indemnizar los daños y perjuicios causados.

Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e) LCSP, relativo a las prohibiciones de contratar.

---

(73) Cfr. disposición adicional primera de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

## **B) La adscripción de medios y el personal de ejecución del contrato**

Los órganos de contratación tienen la facultad de exigir que en sus ofertas o proposiciones, los licitadores presenten una relación nominal y la cualificación profesional del personal responsable de la ejecución del contrato, lo cual es una especialidad de aquélla otra, más genérica, que permite al mismo órgano exigir a los licitadores un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato (74).

La diferencia entre ambas facultades estriba en que una exige la identificación concreta (mediante nombre y cualificación profesional) del medio personal que se destina a la ejecución del contrato y la otra permite una determinación más genérica. No obstante, no parece que haya obstáculo alguno a que por la vía del compromiso de adscripción de medios se exija la identificación nominal de las personas responsables de ejecutar la prestación.

A través de la adscripción de medios o el señalamiento del personal encargado de la ejecución del contrato, los órganos de contratación tienen la posibilidad de exigir un *plus* de solvencia no genérica sino para la concreta ejecución del contrato. El compromiso de adscripción de medios no resulta por tanto una condición de idoneidad (que todos cumplen acreditando su solvencia o clasificación) sino una obligación adicional, de proporcionar a la ejecución del contrato unos medios concretos, de entre aquellos que sirvieron para declarar al empresario idóneo para contratar con la Administración. El momento de presentar esa relación de personas responsables de la ejecución del contrato o de los medios efectivamente adscritos a la ejecución del contrato es el de presentación de las ofertas o solicitudes de participación.

En caso de incumplimiento de la efectiva adscripción de las personas o los medios a la ejecución del contrato, debemos entender, haciendo una interpretación conjunta del art. 53 LCSP, que constituye el supuesto de hecho para la imposición de penalidades o, cuando el pliego o el documento contractual establezca su condición de obligación esencial, determinar la resolución del contrato.

## **IV. EL FOMENTO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Para alcanzar el loable propósito de hacer efectivo el principio de igualdad entre mujeres y hombre, y erradicar la discriminación por razón de sexo,

---

(74) Cfr. art. 53 LCSP.

no basta únicamente con el compromiso de los sujetos públicos, sino que resulta necesaria su promoción decidida en la órbita de las relaciones con y entre particulares. La contratación pública, entendida como medio para alcanzar fines públicos, puede ser un instrumento más (aunque no el único, ni probablemente tampoco el más útil) para fomentar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres.

La consideración de la dimensión transversal u alcance horizontal del principio de igualdad movió a que, dentro del Capítulo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —en adelante LOI—, dedicado a la «acción administrativa para la igualdad», se previesen un par de artículos dedicados a la contratación de las Administraciones Públicas, en general, y de la Administración General del Estado, en particular, amén de otras medidas favorecedoras de la igualdad en políticas como la educativa, la sanitaria, la artística y cultural, de la sociedad de la información, de desarrollo rural o de vivienda, deporte, cultura, ordenación del territorio o de cooperación internacional para el desarrollo.

Conviene en primer lugar delimitar el ámbito subjetivo y objetivo de dichos preceptos para entrar luego en el análisis de las concretas posibilidades que ofrecen los mismos en relación con el fomento de la igualdad de género.

### **1. Alcance subjetivo y objetivo de los arts. 34 y 35 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

Identificar a los sujetos destinatarios de las medidas contempladas en los arts. 33 y 34 de la LOI resulta una tarea bien sencilla: lo son las Administraciones Públicas y la Administración General del Estado respectivamente. Ahora bien, mayor complejidad reviste el determinar qué entes, organismos y entidades tienen la consideración de Administración Pública y de Administración General del Estado, *a efectos de la LOI*.

El carácter estructurante de la normativa sobre contratación pública (75) conduciría a requerir el auxilio de la LCSP para completar la tarea anterior, que en su art. 3 determina lo que debe entenderse por Administración Pública, *a efectos de la LCSP*. Se incluyen en dicho concepto la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas 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 entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan

---

(75) CARLÓN RUIZ, Matilde, en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael: «Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas» Segunda Edición, Madrid, Civitas, 2004, pp.1801-1823.

atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que, o bien su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o bien no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios (76).

Una de las novedades que introduce la LCSP en materia de ámbito subjetivo, es la no consideración como Administraciones Públicas, a efectos del régimen aplicable a su contratación, de las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales (77). Ello no obstante, dichas entidades mantienen su consideración de Administración pública a otros muchos efectos, tal y como se deduce de otras normas jurídicas (78).

La traslación de ese criterio formal que, para referirse al ámbito subjetivo utiliza la LCSP, a los arts. 33 y 34 LO LOI, conduciría irremediablemente a concluir que entre las Administraciones públicas destinatarias de las medidas contenidas en el art. 33 de la LOI no se encuentran incluidas las entidades públicas empresariales estatales ni los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, y que, en consecuencia, de un lado, las medidas previstas en el art. 33 de la LOI no resultan de aplicación a las entidades públicas empresariales estatales ni organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, y de otro, que las medidas previstas en el art. 34 de la LOI para la Administración General del Estado no resultan de aplicación a las entidades públicas empresariales vinculadas a la misma (79).

---

(76) Junto a las anteriores debe tenerse en cuenta aquéllos otros sujetos que deben aplicar a su contratación las normas previstas para las Administraciones Públicas, sujetos enumerados en la Disposición Adicional 3 (órganos constitucionales del Estado y órganos legislativos y de control autonómicos), y Final 5 (ADIF).

(77) La Ley adopta un criterio estrictamente formal para excluir a los organismos de Derecho público de naturaleza empresarial, sean cuales sean sus características, el tipo de actividad, financiación, etc... CHINCHILLA MARÍN, C.: «La nueva Ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», RVAP núm. 79, p. 50.

(78) Ver nota núm. 7.

(79) Tal interpretación no impediría, sin embargo, que dichas entidades, al igual que cualesquiera otras excluidas del concepto de Administración pública que ofrece la LCSP, pudieran prever en sus contratos, y en los documentos preparatorios de los mismos, medidas idénticas o similares a las recogidas en los arts. 33 y 34 LO 3/2007, al amparo del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

La anterior no es, sin embargo, la única interpretación posible, puesto que el concepto de Administración pública no es exclusivo de la normativa sobre contratos del Sector público. Perfectamente cabe, a nuestro parecer, un concepto de Administración pública *a efectos de la LOI* distinto del que ofrece la LCSP, integrador de las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. Eso mismo es lo que ocurre, ni más ni menos, con el concepto de Administración pública que recogen otras normas jurídicas (80). Y además, es una interpretación mucho más coherente —desligada del criterio formal— con el que objetivo que se identifica en el art. 1.2 como fin de la LOI, esto es *eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo*. En consecuencia, entendemos que las prescripciones contenidas en los arts. 33 y 34 de la LOI resultan de aplicación no sólo a las entidades que, conforme a la LCSP, tienen la consideración de Administraciones públicas, sino que perfectamente cabe identificar como tales a las entidades que relaciona, por ejemplo, la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas, o la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa y que no aparecen catalogadas como Administración *a efectos de la LCSP*.

En íntima relación con lo anterior, y por lo que se refiere al alcance objetivo de la cláusula de igualdad, la rúbrica de los arts. 33 y 34 de la LOI, que se refiere a los contratos de las Administraciones Públicas y de la Administración General del Estado, no debe llevarnos a entender que sólo a través de los contratos administrativos puede perseguirse la igualdad de género. Como sabemos, las Administraciones públicas celebran, de ordinario, contratos administrativos, pero no debe excluirse la posibilidad de que, en determinadas ocasiones, celebren contratos privados (81).

Del tenor literal de los arts. 33 y 34 LOI no cabe inferir ningún límite en el sentido apuntado, de manera que puede (y más aún, debe) afirmarse que la cláusula de igualdad es un aspecto del régimen jurídico de los contratos compatible tanto con los de naturaleza jurídica administrativa, típica o espe-

---

(80) Cfr. de nuevo con nota núm. 7. Aun siendo esta, la de la existencia de tantos conceptos de «Administración pública» como normas jurídicas se promulguen, una posibilidad que no encuentra ningún obstáculo legal, entendemos que, *lege ferenda*, el principio de seguridad jurídica reclamaría un tratamiento unívoco del concepto o, cuando menos, la inclusión en cada norma de una definición exhaustiva y formal de dicho concepto.

(81) Así, el segundo párrafo del art. 20.1 LCSP dispone que *son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo 19.*

cial, como privada (82). De esta manera, podrá incluirse la cláusula de igualdad en todos los contratos de las Administraciones públicas con independencia de que, de conformidad con los arts. 18, 19 y 20 LCSP, deba atribuírseles naturaleza jurídica administrativa o privada.

La conjunción de nuestras conclusiones en cuanto al ámbito subjetivo y objetivo de los arts. 33 y 34 LOI conducen necesariamente a proponer, *lege ferenda*, una modificación de la rúbrica de los mismos, de manera que el primero de los mismos debería obedecer a la de «Contratos del Sector Público», y el segundo a la de «Contratos del Sector Público Estatal».

## 2. Las cláusulas de igualdad de género en los contratos públicos

La LOI incorpora una serie de medidas que habilitan a los poderes públicos para primar en el acceso a los contratos públicos a aquéllos operadores económicos que adopten medidas que coadyuven a alcanzar el antecitado objetivo de *eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo*. Ahora bien, como acertadamente apunta ZAMBONINO PULITO, los tipos de cláusulas a introducir van a depender de la naturaleza de los contratos y del sector de actividad donde se generan las prestaciones (83).

En primer lugar, el art. 33 LOI contempla la posibilidad de que las *Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, puedan establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de tra-*

---

(82) Una cosa es la tipología del contrato, y otra el concreto régimen aplicable, tal y como acertadamente señala GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación...*, p. 176.

(83) De ahí que resulte conveniente que cada Administración pública realice los estudios necesarios para conocer con rigor, en los distintos sectores de actividad en los que se generan las prestaciones que contratan, el grado efectivo de cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades y, en concreto, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. Lógicamente, deberán tenerse en cuenta las situaciones que no constituyen discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, como son diferencias de trato basadas en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Con esta información podrían conocerse los sectores económicos en los que es necesario incentivar la implantación de medidas dirigidas a garantizar la igualdad de género, «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones Públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», RAP núm. 175, p. 473.



*bajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público.*

Varios son los aspectos que interesa destacar al respecto. El primero, el carácter potestativo —no imperativo— del establecimiento de dichas condiciones especiales, recayendo en el órgano de contratación la decisión de incluirlas o no. Aunque de ordinario no es el órgano de contratación quien redacta el Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la adjudicación y ejecución del contrato, sí le compete la aprobación del mismo conforme al art. 99.4 LCSP, momento en el que podrá fiscalizar el contenido de los mismos y decidir sobre la inclusión o no de cláusulas especiales relativas a la ejecución del contrato.

El segundo aspecto reseñable de este artículo 33 LOI es que las condiciones especiales que se introduzcan en los Pliegos con el fin de promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres han de serlo en relación con la fase de ejecución del contrato y no por tanto, a otras fases (preparación y adjudicación).

La prescripción contenida en este artículo 33 LOI, admitiendo la posibilidad de establecer condiciones especiales de ejecución en relación con la igualdad de género fue posteriormente incorporada a la LCSP, concretamente en su art. 102.1, al señalar expresamente que las condiciones de ejecución pueden referirse, en especial, a consideraciones de tipo social con el fin de *...eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral.*

El art. 34 LOI, por su parte, dispone dos tipos de medidas en relación con la valoración de la igualdad de género en los contratos ahora ya, sólo de la Administración General del Estado. De una parte, se prevé que el Consejo de Ministros, *anualmente, y a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determine los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.* En dicho Acuerdo *podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones.*

Si bien esta medida merece una valoración positiva, lo cierto es que pierde buena parte de su efectividad al quedar sujeta a la adopción cada año del correspondiente Acuerdo por el Consejo de Ministros, circunstancia que ni se produjo en el 2007, ni se ha producido en 2008. De *lege ferenda* hubiese sido deseable que el propio precepto legal, o en su defecto, lo haga su futuro desarrollo reglamentario, hubiera determinado o determine qué concretos contratos deben incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover

la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, así como indicar las características de esas condiciones de ejecución. No obstante, en tanto llega el Acuerdo del Consejo de Ministros o el desarrollo reglamentario de la LOI, el art. 102 LCSP habilita a cada entidad del Sector Público para incluir en sus Pliegos condiciones especiales de ejecución que tiendan a eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer (84).

En íntima relación con el establecimiento de esas condiciones de ejecución para promover la igualdad de género, el apdo. 2 de ese art. 34 LOI establece que *los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior* (el apdo. 1 del art. 34), *siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio* (85).

La posibilidad de que los órganos de contratación puedan establecer una preferencia en la adjudicación a favor de empresas que coadyuven a eliminar las desigualdades por razón de género merece, al igual que sucedía con las medidas previstas en el apodo 1 del art. 34 LOI, debe valorarse positivamente. Pero a renglón seguido, merece nuevamente nuestra crítica su configuración normativa, ligada a la adopción cada año de un Acuerdo por el Consejo de Minis-

---

(84) Tal es el caso, por ejemplo, de la Sociedad estatal Expoagua Zaragoza 2008 S.A. que incluye en los Pliegos de condiciones particulares de sus contratos de obras una cláusula del siguiente tenor: *Siempre que la disponibilidad del mercado laboral de la construcción lo permita, el porcentaje de personal femenino sobre el total de los nuevos empleados que se contraten para la ejecución del contrato deberá superar en 10 (diez) puntos porcentuales a la media nacional del sector de la construcción. Dicha media nacional se entenderá referida a los datos de la encuesta de población activa a diciembre del año inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato, llegando incluso a preverse la posibilidad de imponer penalidades a los contratistas en el caso de que el porcentaje de trabajadoras que se contrate para la ejecución del contrato, sobre el total de nuevos empleados que se contrate, siempre que la disponibilidad del mercado laboral de la construcción lo permita, no alcance la media nacional en el sector de la construcción.*

(85) Queda superado por tanto el criterio mantenido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe de 12 de noviembre de 2004 (Expte 44/04), en el que disponía que

*...la inclusión de una cláusula de preferencia en los pliegos para las empresas con mayor porcentaje de mujeres en su plantilla requeriría la modificación de la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, adicionando este supuesto al de los minusválidos y entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial.*

tros y por tanto, privada de efecto en tanto no llegue tal Acuerdo. No es posible pues, en tanto no exista dicho Acuerdo del Consejo de Ministros, determinar a favor de qué empresas se dispone esa preferencia en la adjudicación que habilita establecer la LOI, urgiendo pues la adopción de tal Acuerdo, o mejor aún, el contemplar en el desarrollo reglamentario de la LOI esas directrices con arreglo a las cuales ha de establecerse la preferencia en la adjudicación.

Además de lo anterior, la configuración normativa de esta preferencia en la adjudicación también adolece, en nuestra opinión, de cierto error de concepto. El art. 34.2 LOI determina la preferencia en la adjudicación de un contrato a favor de la *proposición* presentada por una *empresa* que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del art. 34.1 LOI. Ahora bien, el art. 34.1 no establece ninguna directriz a la que deban ajustar su actuación las empresas. El art. 34.1 de lo que habla es, por una parte, de *contratos* que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo (párrafo 1º del art. 34.1 LOI), y de otra, de las características de las *condiciones* que deban incluirse en los *pliegos* (párrafo 2º del art. 34.1 LOI), pero para nada habla el art. 34.1 de directrices dirigidas a *empresas*.

A nuestro modo de ver, lo que ha ocurrido en el art. 34.2 LOI es la incorrecta identificación entre «condiciones de ejecución» de los contratos y «preferencia en la adjudicación» de los mismos. Las condiciones de ejecución de los contratos son aspectos que se establecen para su cumplimiento *pro futuro*, en la fase de ejecución del contrato, tal y como su propio nombre indica, en relación con la prestación en que dicho contrato consiste. Por el contrario, la preferencia en la adjudicación se establece respecto de empresas que, en el *pasado* (antes de justificar su solvencia) han establecido medidas de fomento de la igualdad de género en sus modos de organización empresarial, circunstancia relacionada no con el elemento objetivo del contrato (la prestación, el qué del contrato) sino con el elemento subjetivo (quien realiza la prestación).

En cualquier caso, la efectividad de este art. 34 LOI debe superar varios escollos que hacen muy difícil la aplicación de la preferencia en la adjudicación a favor de una empresa por razón de las políticas de igualdad de género que desarrolla. Al primero de ellos ya hemos hecho referencia: la eficacia de esta preferencia en la adjudicación queda demorada en tanto no se adopte el Acuerdo del Consejo de Ministros al que remite el propio artículo 34.1, estableciendo las *Directrices* a que se refiere el art. 34.1.

En segundo lugar, y al igual que sucede con los supuestos previstos en la disposición adicional Sexta LCSP, dicha preferencia queda condicionada a que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudica-

ción, circunstancia que, tal y como hemos puesto de manifiesto al analizar la disposición adicional sexta LCSP, queda privada de eficacia real al resultar muy difícil, por no decir imposible, que dos proposiciones sean iguales desde el punto de vista de los criterios de adjudicación, y que, a partir de dicha igualdad puedan jugar los aspectos sociales.

Además, según dispone este art. 34.2 de la LOI, a la hora de aplicar esta preferencia en la adjudicación deberá respetarse, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, referencia que debe entenderse ahora a la disposición adicional sexta LCSP. Por tanto, esta preferencia en la adjudicación a favor de las empresas que cumplan los requisitos establecidos en el Acuerdo del Consejo de Ministros referido sólo será posible cuando dichas empresas no se encuentren empatadas, desde el punto de vista de los criterios de adjudicación, con otras empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores discapacitados superior al dos por ciento, o empresas dedicadas a la promoción o inserción laboral de personas en situación de exclusión social, o entidades sin ánimo de lucro u Organizaciones de Comercio Justo.

# LAS ENTIDADES LOCALES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

PEDRO LUIS MARTÍNEZ PALLARÉS

*SUMARIO: I. NOTAS INTRODUCTORIAS: 1. La LCSP y el proceso de unificación normativa. 2. Los principios generales de la contratación pública y la Administración Local.— II. LAS ENTIDADES LOCALES Y EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LCSP. RÉGIMEN JURÍDICO.— III. ESPECIALIDADES ORGÁNICAS: 1. Reglas para la determinación del órgano de contratación: A) Atribución de competencias originarias. B) La alteración de la competencia: la delegación. C) Autorización para contratar. 2. Especialidades sobre la creación de órganos específicamente contractuales: A) Las Juntas de Contratación. B) La Mesa de Contratación. C) Las centrales de contratación.— III. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES: 1. El expediente de contratación. 2. La aprobación del gasto. 3. Los pliegos de cláusulas administrativas: A) Pliegos de cláusulas administrativas generales. B) Pliego de cláusulas administrativas particulares. 4. La publicidad de licitaciones y adjudicaciones: A) La publicidad de las licitaciones. B) La publicidad de las adjudicaciones. 5. El procedimiento negociado: A) La conversión de un procedimiento excepcional en el procedimiento ordinario: La supresión del límite por razón de la cuantía. B) Especial referencia a la urgencia como supuesto habilitante del procedimiento negociado. 6. La encomienda de gestión del expediente de contratación. 7. Las garantías. 8. Reglas especiales sobre los proyectos de obras: A) La supervisión de los proyectos. B) El fraccionamiento de los proyectos de obras.— IV. ESPECIALIDADES EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN PATRIMONIAL.— V. ESPECIALIDADES DE ORDEN SUSTANTIVO EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: 1. A vueltas con el concepto de servicio público: A) El concepto de servicio público en la LBR. B) El contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP. 2. Las formas de gestión de los servicios públicos: A) La forma de gestión directa. B) Las formas de gestión indirecta.— VI. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS.*

*RESUMEN:* La aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público se inserta en el proceso de unificación normativa en materia contractual iniciada por la CE. y la LRBRL, y consolidada por la LCAP, que supone el fin de la existencia de un régimen contractual local específico. El grueso del articulado de la LCSP resulta de aplicación en las entidades locales, estableciendo la D.A Segunda las especialidades locales en materia contractual. No obstante, la elevación de umbrales que permiten la utilización del contrato menor o del procedimiento negociado junto con la supresión del límite del 10% de los recursos ordinarios supone en la práctica eximir

al grueso de nuestras entidades locales de utilizar los procedimientos formalizados de contratación.

*Palabras clave:* ámbito subjetivo; especialidades orgánicas; especialidades procedimentales; especialidades sustantivas; contrato de gestión de servicios públicos.

*ABSTRACT:* The approval of the Law 30/2007, of 30 of October, of Agreements of the Public Sector, insert in the process of normative unification in contractual subject initiated by the CE. And the LRBRL, and consolidated by the LCAP, that supposes the end of the existence of a contractual diet local specify. The thick of the articulated of the LCSP results of application in the local entities, establishing the D.A to second the local specialities in contractual subject. However, the elevation of thresholds that allow the utilization of the minor agreement or of the procedure negotiated together with the abolition of the limit of 10% of the resources common supposes in the practice exempt from the thick of our local entities to use the procedures formalized of contracting.

*Key words:* subjective scope; organic specialities; procedimentals specialities; substantive specialities; agreement of management of public services.

## I. NOTAS INTRODUCTORIAS

### 1. La LCSP y el proceso de unificación normativa

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público se enmarca dentro del proceso de unificación de la regulación contractual de las administraciones públicas iniciado por la Ley reguladora de las bases del régimen local, que en su Preámbulo precisaba

*«las reglas de la actividad pública y el régimen de los medios personales y materiales... han de tener presente la opción constitucional, expresada en el artículo 148.1.18 CE a favor de una ordenación común, configurándose las inevitables peculiaridades de la Administración Local desde ese fondo homogéneo para su integración con el mismo».*

El artículo 88 LBRL en lógica coherencia con el espíritu que animaba al legislador básico, se limitaba a establecer las peculiaridades propias de las entidades locales en materia contractual, remitiéndose en bloque a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en su caso.

Si bien el RDL 781/1986, de 18 de abril, Texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, que a juicio de CLIMENT BARBERA « reproduce prácticamente el contenido de la regulación del Texto Articulado para la reforma parcial de la Ley de Bases de 1975 » incrementaba las peculiaridades del régimen de contratación pública de las entidades locales y el Reglamento de Contratación de las entidades locales mantenía en

parte su vigencia, el proceso de unificación normativa se confirmó mediante el RDL 931/1986, de 2 de mayo, de adaptación de la Ley de Contratos del Estado a las Directivas europeas, que dado su carácter de norma básica resultó de directa aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas, derogando prescripciones del TRRL y del RCCL contrarias a sus previsiones.

La Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, incluyó dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las entidades que integran la Administración Local, derogó expresamente el RCCL y se limitó a establecer unas escasas peculiaridades respecto de las entidades locales en su D.A. Novena, todo ello sin perjuicio del desarrollo legislativo que en el ámbito de sus competencias pudiera realizar el legislador autonómico. El RDL 2/2000, de 16 de junio, Texto refundido de la LCAP y el RD. 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la LCAP, ratificaron esta opción del legislador y se limitaron a ampliar levemente las especificidades respecto de la contratación pública de las entidades locales en sus respectivas D.A. Novena.

La LCSP mantiene y acentúa la lógica legislativa expuesta, derogando el artículo 88 de la LBRL y gran parte de los artículos del TRRL dedicados a la contratación local a excepción de los artículos 111, 114 y 117 TRRL, desaprovechando una oportunidad para, sin desdoro de mantener una regulación homogénea para el conjunto del sector público, introducir en el clausulado de su texto articulado las especificidades locales, tal y como aconsejaba el Consejo de Estado en su Dictamen Expte. Nº 514/2006, de 25 de mayo:

*«...incluir en la legislación sobre contratos las especialidades de la contratación local, no parece que la ubicación más adecuada para ello sea una disposición adicional. Frente a ello cabrían dos posibilidades: o bien se podría incluir una nueva división en la ley que en su rúbrica hiciese referencia a las especialidades de la contratación local y en la que figurase, desglosado en artículos, el contenido de la actual disposición adicional segunda; o bien se podrían ir introduciendo las especialidades de la contratación local al hilo de los distintos aspectos del régimen de la contratación del sector público. En opinión de este Consejo sería preferible la primera opción.»*

y establecer asimismo peculiaridades procedimentales de mayor alcance que tuvieran en cuenta las características organizativas y presupuestarias de nuestras entidades locales.

Por último, la consideración como legislación básica de la D.A. segunda LCSP en su integridad, en relación con la legislación anterior conlleva la conversión en básicas de ciertas normas contenidas con carácter no básico en el TRRL y que no obstante su expresa derogación, su texto se ha incorporado al contenido de la mencionada Disposición, con la consiguiente incidencia que ello tendrá en el legislador autonómico, al que de manera harto discutible se

le reduce su ámbito de actuación. Circunstancia ésta que, al menos, resulta paradójica en un proceso de reformas estatutarias que, de forma paralela, ha realizado el mismo legislador en las que se aprecia una fuerte interiorización autonómica del régimen local.

## **2. Los principios generales de la contratación pública y la Administración Local**

La LCSP pretende someter a los principios generales de la contratación al conjunto de la contratación del sector público. De esta forma los principios de libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos; no discriminación e igualdad de trato; eficiente utilización de los recursos públicos; salvaguarda de la libre competencia y selección de las ofertas económicamente más ventajosas, deben informar todos los contratos que celebren las entidades, entes y organismos que integran lo que se da en denominar «sector público».

Nos encontramos ante la concreción desde el punto de vista del derecho estatal de los principios establecidos en las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, en particular en las aprobadas durante la década de los 90 y, especialmente, en la Directiva 2004/18/CE.

No obstante, tal y como comprobaremos a lo largo de este trabajo, el mantenimiento de procedimientos de contratación de carácter excepcional, algunos no reconocidos por el derecho comunitario como el contrato menor y otros, previstos en la legislación comunitaria pero permitiendo su utilización en supuestos no contemplados en ésta, como es el caso del procedimiento negociado, junto con la elevación de los umbrales que permiten acudir a ellos y la reducción de límites específicos para la Administración Local posibilitan que una gran parte de la actividad contractual de las entidades locales españolas puedan huir o mantener una vinculación laxa con los principios que informan la contratación pública.

En este sentido el artículo 122 LCSP, que define la figura del contrato menor únicamente por razón de la cuantía, fija en 50.000 euros para los contratos de obras y en 18.000 euros para los restantes contratos, los importes que permiten la utilización de este procedimiento, elevando sensiblemente los previstos en la legislación que se deroga, 30.050 euros para el contrato de obras y 12.020 euros para los restantes contratos. Respecto del procedimiento negociado sin publicidad permite su utilización en los contratos de obras de hasta 200.000 euros, y en los restantes contratos hasta el importe de 60.000 euros, elevándose igualmente los umbrales previstos en la legislación anterior, de 60.101 euros para los contratos de obras, 30.050 euros para los restan-



tes contratos y 48.080 euros en determinados suministros. Por último se establece un nuevo procedimiento negociado con publicidad para los contratos de obras de cuantías entre 200.000 y 1.000.000 de euros y para los restantes contratos entre 60.000 y 100.000 euros.

Las consecuencias de estas modificaciones son evidentes. Dada la peculiar planta municipal rural española, en gran parte de su territorio fuertemente atomizada y dispersa, con unas entidades locales de precaria solidez económica, en las que el grueso de sus contrataciones son de cuantías inferiores a las referidas, la mayor parte de los contratos de las entidades locales van a realizarse o bien mediante contratos menores, o bien mediante procedimientos negociados, principalmente sin publicidad. Considero que se ha desaprovechado una excelente ocasión para crear procedimientos de contratación «*ad hoc*» para la mayoría de nuestras entidades locales, que sin obviar la búsqueda de la eficacia y de la economía de la actuación administrativa, pondérase adecuadamente el cumplimiento de los principios generales de la contratación, que tal y como ha reiterado la jurisprudencia comunitaria se extiende a todo tipo de contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, estén aquellos incursos o no en el ámbito de aplicación de éstas.

Por último, destacar que la reducción del estándar normativo de la publicidad y concurrencia que se produce en relación con las entidades locales se acentúa con la no consideración como Administraciones Públicas a efectos contractuales de las entidades públicas empresariales locales. Se abre con ello un portillo para que una parte importante de la actividad de los entes locales, que cumpla con las requisitos previstos en el artículo 85 bis de la LBRL y en los artículos 53 a 60 de la LOFAGE, se articule mediante este tipo de entidad instrumental que va a poder ser considerada como poder adjudicador sin tener la consideración de Administración, o como mero integrante del sector público, con las consecuencias procedimentales que ello supone de conformidad con lo previsto en los artículos 121, 174, 175 y 176 de la LCSP, respectivamente.

## **II. LAS ENTIDADES LOCALES Y EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LCSP. RÉGIMEN JURÍDICO**

Inicialmente, en el artículo 3.1 LCSP, se delimita de forma amplia los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público y que quedan sometidos a la normativa de contratación pública. Para su determinación se toma como referencia la definición de sector público establecida en el artículo 3.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, incluyendo una expresa referencia a las Universidades Públicas y a los reguladores independientes, y estableciendo una cláusula de cierre en la letra

h), que no es otra cosa que la definición de organismo de derecho público establecida en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 /CE.

Encontradas dentro del sector público figuran las entidades que integran la Administración Local, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales dependientes de aquellas, y cualesquiera entidad de derecho público con personalidad jurídica propia vinculada a un sujeto que pertenezca al sector público, incluidas las entidades locales; los consorcios locales dotados de personalidad jurídica propia; las sociedades mercantiles cuyo capital social esté participado por entidades locales en cuantía superior al 50%; las fundaciones que se constituyan con una aportación directa o indirecta mayoritaria de las entidades locales o cuyo capital fundacional con carácter de permanencia esté formado en más de un 50% por bienes o derechos cedidos por entidades locales; y cualesquiera entes, organismos, entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público, entre ellas las entidades locales y su entramado institucional, 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 (artículo 3. LCSP).

Dentro del sector público se distinguen tres categorías de sujetos, con un diferente grado de vinculación a las determinaciones de la Ley:

1.- Administraciones Públicas, integradas entre otras por las entidades que integran la Administración Local, sean éstas territoriales o no de acuerdo con la terminología del artículo 3 LBRL, los organismos autónomos dependientes de éstas y las entidades de derecho público, vinculadas o dependientes de una o varias Administraciones Públicas, entre ellas las administraciones locales, que cumplan alternativamente alguna de las siguientes características:

— Su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de renta y de la riqueza nacional, en todo caso, sin ánimo de lucro.

— No se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de la entrega de bienes o prestación de servicios.

Nos encontramos ante una regulación del concepto de «Administración Pública» más amplia que la prevista en el TRLCAP, que en el ámbito local integra a las entidades locales enumeradas en el artículo 3 LBRL y en el artículo 2 de LAL de Aragón, que además incluye a las «comunidades de villa y tierra». Asimismo comprende a los organismos autónomos locales, y otras enti-

dades de derecho público dependientes de éstas siempre que cumplan con los criterios derivados del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria, a excepción de las entidades públicas empresariales. En este sentido se establece una expresa previsión de no consideración como Administración Pública a las entidades públicas empresariales, y organismos asimilados de las EELL.

En relación con los consorcios, deben ser considerados como Administraciones Públicas, en todo caso en los supuestos integrados únicamente por éstas, tal y como ha sido tradicional en nuestro régimen local, y en los supuestos en que formen parte de los mismos entidades privadas sin ánimo de lucro deberá analizarse su grado de participación y lo dispuesto en sus Estatutos reguladores.

No obstante, debe recordarse que en la legislación autonómica, como sucede con la legislación aragonesa de régimen local, se configuran en todo caso a los consorcios como entidades públicas, incorporándose en su caso las entidades privadas sin ánimo de lucro a una entidad pública ya constituida. Siendo estas entidades consideradas entidades locales si sus fines persiguen la gestión de servicios de competencia local y la participación de otras Administraciones es minoritaria. Por ello considero acertado el criterio expresado en la Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la C.A. de Aragón que los considera Administraciones Públicas a la luz de lo establecido en la letra e) del artículo 3.2 LCSP.

En estos supuestos el grado de vinculación a los preceptos, reglas y procedimientos establecidos en la LCSP será íntegro, tanto en relación con los contratos administrativos, sean estos contratos sometidos o no a contratación armonizada, como con los contratos privados que pueda celebrar las entidades locales. Como nos advierte GALLEGO CORCOLES la única diferencia de régimen entre unos y otros es la diversa exigencia de publicidad en el DOUE.

2.- Entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que no tienen la consideración de Administración Pública, cuando cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE para ser considerados como poder adjudicador: hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; estén financiados mayoritariamente, controlada su gestión o nombrados más de la mitad de los miembros de su órgano de administración por uno o varios sujetos del sector público que deban ser considerados poder adjudicador.

Entre estos sujetos se encuadran las entidades públicas empresariales locales, las sociedades mercantiles locales y las de capital mayoritariamente local y las fundaciones públicas participadas mayoritariamente por entidades locales,

tal y como se prevé en las letras d) y f) del artículo 3.1 LCSP, así como las sociedades mercantiles y fundaciones en que no cumpliéndose este requisito, el control de la misma corresponda a uno o varios poderes adjudicadores de extracción local.

En idéntica situación se encontrarán las asociaciones constituidas por los mencionados entes, organismos, y entidades, entre las que no se encuentran las mancomunidades municipales que se encuadran dentro del concepto de Administración Pública y se plantea la posibilidad de encuadrar a la FEMP, y asociaciones representativas de intereses locales similares en los respectivos ámbitos autonómicos. En este sentido debe recordarse que estas asociaciones ofrecen y prestan servicios, que normalmente previamente han contratado en el mercado, a las entidades locales a ellas asociadas. El apartado 6 de la D.A. novena TRLCAP, que ha sido omitido por la LCSP, tras diversos dictámenes de la JCCA que destacaban el carácter contractual de dichos servicios, expresamente excluía de su ámbito de aplicación

*«a la prestación de servicios gratuitos que realicen a las Entidades Locales las asociaciones de las mismas a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local»*

La inclusión en el denominado «sector público», con la consideración de poder adjudicador, de dichas asociaciones podría tener como finalidad someter a algún tipo de disciplina los procesos selectivos de los proveedores finales de dichos servicios gratuitos, pero a mi entender con la LCSP no se lograría. Con la nueva regulación, tal y como considera ORTEGA MONTORO, dichos servicios gratuitos estarán excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP que en su artículo 2.1 circunscribe su objeto a los contratos onerosos, por lo que en todo caso, sea un poder adjudicador con carácter de administración o no, los negocios gratuitos quedan fuera de su ámbito de aplicación. Como conclusión, considero que desde un punto de vista teleológico poco aportaría su consideración como poder adjudicador y mucho dificultaría su normal desenvolvimiento.

El grado de vinculación de estas entidades a los procedimientos y reglas establecidas en la LCSP lo podríamos denominar medio. De esta forma estarán sujetos a las reglas de preparación del contrato del artículo 121.1 LCSP que remite a las disposiciones establecidas en los artículos 101, 102 y 104 y, respecto de la reducción de plazos al artículo 96.2, y a las reglas de adjudicación de los contratos, en los supuestos en que éstos, que en todo caso serán privados, estén sometidos a regulación armonizada. No obstante no le serán de aplicación las disposiciones sobre el régimen general de publicación de licitaciones y adjudicaciones, bastando la publicación en el DOUE,

cuando corresponda, y la inserción en la plataforma de contratación o sistema equivalente, ni les serán de aplicación las normas relativas a criterios para apreciar el carácter normal o desproporcionado de las ofertas, ni la intervención del comité de expertos para valorar los criterios subjetivos o las relativas a la formalización de los contratos.

En los contratos no sujetos a regulación armonizada deberán dar cumplimiento a los principios que informan la contratación pública, debiendo considerarse que les serán de aplicación las previsiones de la LCSP relativas a capacidad, solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato, como acertadamente afirma la Circular 1 /2009 de la JCCA de Aragón. Asimismo deberán aprobar y observar unas instrucciones que rijan el procedimiento de contratación que garanticen el cumplimiento de aquellos principios. Estas deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en el proceso selectivo y publicarse en el perfil del contratante. Si no supera el importe de 50.000 euros el artículo 175, c) LCSP no determina cuales sean los medios de información que garanticen el principio de publicidad, si bien resultaría lógica, su inserción, al menos, en el perfil del contratante.

3.— Resto de entes, organismos y entidades del sector público local que no tienen consideración de Administración Pública ni de poder adjudicador. En la redacción dada por el TRLCAP serían las entidades previstas en la D.A. Sexta TRLCAP. Entre esta tipología de entes podemos encuadrar a las EPE locales creadas para la satisfacción de necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil y las sociedades mercantiles de participación pública local igual o superior al 50% si se han creado para satisfacer necesidades de interés general de carácter industrial o mercantil. En cambio, no lo estarán las fundaciones privadas de titularidad mayoritariamente local dada su propia naturaleza jurídica, tal y como se desprende del artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que las define como «organizaciones sin ánimo de lucro, que por voluntad de sus fundadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general», y del artículo 3 de dicho texto legal que enumera los fines de las mismas.

En relación con el régimen jurídico de las contrataciones de esta tipología de entes el grado de vinculación a las reglas y procedimientos de la LCSP lo podemos denominar bajo, siendo escasas las previsiones específicas al respecto. En todo caso, deberán ajustar su actuación en la adjudicación de los contratos a los principios comunitarios, de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, debiendo aprobar para ello unas instrucciones internas, que previo informe jurídico deberán ser publicadas en el perfil del contratante de la entidad. Asimismo, a pesar de no existir previsión expresa, consideramos de aplicación las reglas relativas a capa-

cidad, solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato. El criterio de adjudicación de los contratos deberá basarse en el de la oferta económicamente más ventajosa.

### **III. ESPECIALIDADES ORGÁNICAS**

#### **1. Reglas para la determinación del órgano de contratación**

##### **A) Atribución de competencias originarias**

Ha sido tradicional que, con buen criterio sistemático, la legislación de régimen local estableciera las reglas de distribución de atribuciones y competencias en materia contractual entre los distintos órganos de las entidades locales. Así la LBRL en sus artículos 21, 22, 33 y 34, al establecer el régimen general de distribución de competencias entre los órganos de municipios y provincias, establecía las reglas de determinación de los órganos de contratación en las entidades locales necesarias. Junto a ello el artículo 127 del mencionado texto legal, desempeñaba idéntico papel respecto de los municipios de gran población.

La Ley de Contratos del Sector Público, con evidente desacuerdo sistemático, rompe con dicha tradición y procede, a establecer las reglas para la determinación de los órganos de contratación en municipios y provincias, mediante una Disposición Adicional (Disposición Adicional Segunda apartados 1, 2 y 3) y derogando las previsiones que al respecto establecía la LBRL, artículos 21.1,ñ) y p); 22.1, n) y o); 33.2, l) y n); 34.2, l) y n); 34.1, k) y m); 127.1, f) (Disposición Derogatoria Única, b).

El desconcierto del operador jurídico no avisado es inevitable. Si la proyectada y non nata nueva legislación de régimen local no lo remedia, el bienintencionado operador no encontrará respuesta en la norma de cabecera de nuestro régimen local a su necesidad de identificar el órgano local competente en materia de contratación. No obstante, el contenido sustantivo de las reglas de determinación del órgano de contratación local contenidas en la legislación contractual rezuma continuismo por los cuatro costados.

Corresponden a los Alcaldes y Presidentes de las entidades locales, se entiende que las necesarias puesto que las no necesarias su regulación es competencia de la legislación autonómica de régimen local correspondiente, la contratación de obras, suministros, de servicios, de gestión de servicios públicos y contratos administrativos especiales y los contratos privados de duración anual cuando su importe no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso la cuantía de seis millones de

euros, y los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de las anualidades no supere dicho porcentaje, referido a los recursos ordinarios del primer presupuesto, ni la cuantía señalada. En relación con la regulación derogada destaca que en aquella se hacía referencia a las contrataciones y concesiones de toda clase, y en la nueva regulación se discrimina en función de la tipología del contrato.

En relación con los contratos de contenido patrimonial, se procede a ampliar, en parte, la competencia del Alcalde o Presidente atribuyéndole facultades para la adjudicación de concesiones sobre los bienes locales y la adquisición y enajenación de patrimonio cuando su valor no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios, ni el importe de tres millones de euros, sin la concurrencia de otros requisitos. En la legislación derogada se requería, en todo caso, que no rebasara dichos límites siendo necesario en el supuesto de enajenación de inmuebles y de bienes muebles declarados de valor histórico o artístico que se hallara prevista en el Presupuesto, no siendo necesario este requisito para los bienes muebles.

Por el contrario, corresponden al Pleno las competencias como órgano de contratación cuando la duración de los contratos enumerados sea plurianual superior a cuatro años, en todo caso, o cuando no siendo superior a cuatro años, su importe acumulado supere el porcentaje del 10 por ciento de los recursos ordinarios de la entidad local, referidos a recursos ordinarios del primer presupuesto, o en todo caso supere la cuantía de seis millones de euros. Asimismo serán competencia del Pleno los restantes contratos no mencionados anteriormente, entre otros concesión de obra pública y colaboración entre sector público y privado, y la adjudicación de concesiones y adquisición y enajenación de patrimonio que no sean competencia del Alcalde o Presidente y, en todo caso, de los bienes declarados de valor histórico cualquiera que sea su valor.

En los municipios de gran población las competencias serán ejercidas por la Junta del Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo.

La expresa derogación del artículo 22.1, o) LRBRL, efectuada por la Disposición Derogatoria Unica, b) de la LCSP, ha provocado un cierto grado de controversia y estupor, dado que dicho precepto había sido recientemente modificado por la Disposición Adicional 9ª, 1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, atribuyendo al Pleno, en todo caso, competencia para las permutas de los bienes inmuebles. La descoordinación del legislador consigo mismo resulta evidente y la voluntad del legislador sectorial parece indiscutible, pero la expresa derogación del precepto básico local por la LCSP no introduce matización ni modulación alguna. Sin desdoro de la voluntad de someter este tipo de enajenaciones patrimoniales a la mayor transparencia

posible, desde un punto de vista jurídico formal sería aconsejable una expresa modificación de la LCSP.

La Administración institucional dependiente o vinculada a las entidades locales, organismos autónomos y entidades públicas empresariales, que bien podríamos denominar parafraseando la terminología introducida por la LOFAGE como organismos públicos locales, se rige según dispone la LBRL con carácter general por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la LOFAGE, que de esta forma sin perjuicio de las especialidades que se establecen en la legislación de régimen local, se convierte en legislación básica local. La remisión que dichos preceptos efectúan en materia de contratación a las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público, nos permiten afirmar que los órganos de contratación de las mismas, con carácter general, serán los Directores o Presidentes de los mismos, o aquellos cuyas disposiciones estatutarias determinen.

Si bien nada se dispone al respecto en la nueva legislación contractual, sin perjuicio de lo que pueda disponer la legislación de régimen local que pueda sobrevenir, puede considerarse que la capacidad para contratar de los representantes legales de las sociedades mercantiles con capital mayoritariamente local y las fundaciones del sector público local se regirán por lo dispuesto en los estatutos de estas sociedades y por las normas de derecho privado que le sean de aplicación en cada caso.

## **B) La alteración de la competencia: la delegación**

La deficiente técnica legislativa utilizada puede producir ciertas dudas en el operador jurídico respecto de la aplicabilidad de la técnica de la delegación en estos supuestos, tal y como con acierto ha resaltado ROMERO HERNÁNDEZ.

La LBRL en sus artículos 21.1, ñ) y p); 22.1, n) y o); 33.2, l) y n); 34.1, k) y m); y 127.1, f) procedía a establecer la atribución de competencias en el seno de las entidades locales necesarias de régimen común y en los municipios de gran población en las materias objeto de nuestro estudio, disponiendo en los artículos 21.3; 22.4; 33.4; 34.2 y 127.2 la posibilidad de alteración de la competencia a favor de otros órganos de la entidad local. Se establecía, no obstante, una excepción en el artículo 22.4 de dicho texto legal, a la regla general de la posible delegación en el supuesto de las competencias atribuidas al Pleno que remitía a los supuestos del artículo 47.2 LBRL en los que el acuerdo debiera adoptarse por mayoría absoluta, en materias tales como cesión por cualquier título del aprovechamiento de bienes comunales, concesión de bienes y servicios por más de 5 años y que superase el 20% de los recursos ordinarios del presupuesto, enajenación de bienes que exce-



dieran del 20% de los recursos ordinarios y cesión gratuita de bienes a otras Administraciones y entes públicos.

A mi entender, con carácter general, la delegación de las competencias continúa siendo posible en los supuestos en que de acuerdo con la anterior regulación podía realizarse. La técnica utilizada en los artículos 21.3, 22.4, 33.4 y 34.2 LRBRL en la que expresamente se determinan las atribuciones que no son susceptibles de delegación, que no ha sido objeto de modificación, nos permite sostener que las restantes competencias atribuidas a los órganos necesarios ya sea en la legislación básica de régimen local o en cualquier otra ley sectorial o especial son susceptibles de ser delegadas, incluidas las que nos ocupan en este estudio. Cuestión distinta es la producida con motivo de la derogación del artículo 127.1,f LRBRL, puesto que en el apartado segundo de dicho artículo la técnica utilizada era la contraria, se procede a la enumeración de las funciones y atribuciones susceptibles de delegación. El silencio que a este respecto mantiene la D.A. II, 3 LCSP, deja fuera a las contrataciones y concesiones de las atribuciones de la Junta de Gobierno Local susceptibles de delegación en los Tenientes de Alcalde, en los demás miembros de la Junta de Gobierno Local o en los restantes órganos enumerado en el artículo 127.2.

Particular interés suscita la determinación de las facultades contractuales susceptibles de delegación, resaltando que tras la aprobación de la nueva legislación de contratos del sector público no existe, a priori, restricción alguna respecto a las mismas. De esta forma la aprobación del gasto, que como más adelante observaremos con carácter general se encuentra implícita en la aprobación del expediente de contratación, y que en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes será sustituida por una certificación de existencia de crédito, no se encuentra excluida salvo que el acuerdo de delegación expresamente así lo determine. A nuestro entender la regla general establecida en el artículo 4 RGCAP por la que *«la delegación de competencias no conllevará la aprobación del gasto salvo que se incluya de forma expresa»* debe considerarse derogada, estableciéndose con ello la regla inversa. Por ello puede afirmarse que el bloque de competencias que supone la atribución general a favor del órgano de contratación de celebrar contratos es susceptible de delegación en su totalidad a favor del órgano delegado.

### **C) Autorización para contratar**

Tributaria del desorden introducido por el nuevo criterio sistemático del legislador, la legislación básica de régimen local, y no la legislación básica contractual, establece la posibilidad de que la celebración de contratos por parte de los órganos de contratación de los organismos públicos locales, orga-

nismos autónomos y entidades públicas empresariales, sean objeto de autorización por parte de la Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local matriz, si superan las cuantías que previamente se hayan determinado por aquellas.

Nuevamente la deficiente sistemática del legislador, en este caso imputable a la mejorable regulación de los organismos públicos locales realizada por la Ley 57/2003, de 26 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, introduce la confusión. Y ello porque la mimética traslación de la regulación de la LOFAGE al régimen local realizada por la LMMGL obvia que en las entidades locales, quien podrá autorizar o no, en su caso, la contratación a efectuar por los organismos públicos locales es quien tiene la competencia originaria para contratar, el Alcalde o Presidente y el Pleno, y no las concejalías, áreas u órganos similares, en las entidades locales de régimen común y la Junta de Gobierno Local, en los municipios de gran población.

## **2. Especialidades sobre la creación de órganos específicamente contractuales**

### **A) Las Juntas de Contratación**

La Ley de Contratos del Sector Público, tal y como ya preveía la D.A. 9 del TRLCAP, faculta a las entidades locales para que con carácter potestativo creen Juntas de Contratación que actuarán como órganos de contratación, determinando que su ámbito de actuación como máximo se extenderá a los contratos de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y mantenimiento; a los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y en los contratos de servicios cuando su importe no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios de la entidad, o cuando superando este importe dichas actuaciones estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que corresponda y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de ejecución de éste.

Los límites expuestos tienen un carácter de máximos, de forma que el acuerdo de creación de la Junta de Contratación puede establecer unos límites cualitativos y cuantitativos menores en cada tipología de contratos, pudiendo determinar qué tipo de contratos de los descritos serán competencia de la Junta y dentro de cada tipo de contrato la cuantía de éstos, nunca superior a la descrita.

En términos generales observamos una clara coincidencia entre los contratos en los que las Juntas de Contratación pueden actuar como órganos de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado y de las Entidades Locales, si bien en relación con los contratos de servicios el ámbito

de actuación de aquellas en las Entidades Locales es menor, puesto que en la Administración estatal no existe a priori limitación cuantitativa alguna.

La competencia para acordar su constitución y determinar su composición le corresponde, en todo caso, al Pleno de la entidad local. Los contratos y los límites cuantitativos de éstos en los que las Juntas de Contratación actuarán como órgano de contratación, en las Entidades Locales de régimen común serán igualmente determinados por el órgano plenario, si bien dicho acuerdo se adoptará a propuesta del Alcalde o Presidente cuando éstos sean los órganos que tengan atribuida la competencia sobre los mismos. En los municipios de gran población esta facultad le corresponderá, en todo caso, a la Junta de Gobierno Local, puesto que en esta tipología de municipio es el órgano de contratación por excelencia. Con ello se pretende coonestar las reglas sobre atribución de competencias y su régimen de alteración, con el principio por el que corresponde al Pleno de la Entidad Local aprobar la organización complementaria local.

Respecto de su composición, ya hemos hecho referencia que su determinación es una atribución que le corresponde realizar al Pleno, debiendo formar parte necesariamente de la Junta de Contratación el Secretario de la entidad local o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la corporación, y el Interventor de la misma.

La intervención de la Junta de Contratación, en cuanto que órgano colegiado especializado de contratación, conllevará en todo caso prescindir de la intervención de la Mesa de Contratación.

## **B) La Mesa de Contratación**

El apartado 10 de la D.A. II LCSP establece una novedad frente a la tradicional previsión de la legislación contractual local por la que, en todo caso, la presidencia de la Mesa de contratación correspondía al Alcalde o Presidente de la entidad local o miembro de la Corporación en quien delegara.

La nueva regulación prevé que la Presidencia pueda recaer tanto en un miembro de la corporación como en un funcionario al servicio de ésta. El principio general por el que todos los órganos de la entidad local deben ser convocados y presididos por el presidente de la misma, que tradicionalmente consagraba la legislación de régimen local, se vio modulado mediante la reforma de la LRBRL realizada a través de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, condicionando la presidencia de determinados órganos a su expreso establecimiento en norma legal o reglamentaria, con lo que solo la presidencia de los órganos necesarios y de las Comisiones Informativas integran el núcleo de atribuciones que caracterizan la posición del Alcalde, tal y como se desprende de la STS. de 24.09.2007.

Coherentemente con ello la LCSP establece la posibilidad de que el presidente de la Mesa de contratación lo sea tanto un miembro de la entidad local, sin determinar que necesariamente lo sea el Presidente, como que lo sea un funcionario de la misma. Junto a ello se reitera la previsión realizada en el TRLCAP por la que el Secretario, o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor serán miembros necesarios de la Mesa de contratación, en calidad de vocales.

El resto de los vocales serán designados entre personal funcionario de carrera o laboral al servicio de la corporación, no previéndose la presencia de funcionarios interinos, o miembros electos de la misma. Salvo el supuesto que a continuación mencionaremos de integración de personal de las Diputaciones Provinciales, todos sus miembros han de pertenecer a la entidad local de que se trate. Con ello se despeja cualquier género de duda sobre la posibilidad de que personal de otras Administraciones formen parte de la Mesa de Contratación, que expresamente fue desechada por el Informe 1/2007, de 26 de abril de la JCCA, ante el silencio del TRLCAP. Actuará como secretario un funcionario de la corporación. En todo caso, si bien la redacción puede inducir a errores interpretativos, entiendo que el número mínimo de vocales de la Mesa será de tres.

Debe recordarse el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa número 17/2000, de 6 de julio que considera que la condición de miembro de la Mesa de contratación es indelegable salvo en el supuesto de Presidente de la Corporación, por lo que con las nuevas previsiones normativas, en todo caso deberá preverse la existencia de presidente y vocales titulares y suplentes debidamente identificados o identificables.

Una novedad destacada consiste en la posible integración en la Mesa de contratación de las entidades locales municipales, de personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas uniprovinciales, resaltando con ello, junto con otras previsiones que analizaremos a continuación, las funciones de asistencia a los municipios que la legislación de régimen local atribuye a la provincia.

### **C) Las centrales de contratación**

En la Directiva 2004/18/CE, ante la importancia que han adquirido en algunos estados miembros este tipo de técnica, se procede a establecer una definición comunitaria de central de compra al servicio de los poderes adjudicadores, considerándolas como un poder adjudicador que adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores y/o que adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministro o servicios

destinados a poderes adjudicadores. Las entidades del sector público van a poder centralizar, a través de ellas, la contratación de obras, servicios, y suministros atribuyéndola a servicios especializados. Mediante esta técnica se va a producir una alteración de la titularidad de la competencia de los órganos de contratación, excepcionando el régimen general de competencias en materia de contratación administrativa, de manera que la contratación de las obras, servicios o suministros que se opte por centralizar va a recaer sobre los servicios especializados que se creen al efecto.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público acoge sin reservas la definición comunitaria, en el artículo 187, denominándola con mayor acierto dado su ámbito objetivo de actuación como centrales de contratación, y caracterizando a los beneficiarios de sus adquisiciones y contratos o acuerdos marco como órganos de contratación, término más adecuado que el mencionado de poder adjudicador puesto que éste es la personificación jurídica que adjudica un contrato al estar comprendida dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratación pública y órgano de contratación es el órgano de la misma con competencia y capacidad para manifestar la voluntad de aquel.

El ámbito objetivo de utilización de esta técnica comprende, tal y como ya hemos visto, la contratación de obras, servicios y suministros, pudiendo los órganos especializados que puedan crearse, denominados Centrales de Contratación, adquirir suministros y servicios para otros órganos de contratación o adjudicar contratos o celebrar acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a aquellos.

El sistema se basa en concentrar en un solo órgano la contratación, que inicialmente se encuentra dispersa y fraccionada en los diversos órganos de contratación con competencia para ello que integran la estructura de las diferentes Administraciones, consistiendo tanto en contratar centralizadamente los bienes o servicios por dicho órgano para el conjunto de la Administración como en homologar los bienes, obras o servicios, sus precios máximos y las empresas seleccionadas, sometiéndose las contrataciones posteriores que puedan realizarse a dichas condiciones.

En este último supuesto, el procedimiento habitualmente establecido para ello consiste en tres fases diferenciadas: una primera fase en la que se declara necesaria la normalización o uniformidad de determinados bienes para su utilización común por la Administración, una segunda fase de selección de los tipos de bienes a adquirir y servicios a contratar y una tercera fase de concreción de la adquisición (COSCULLUELA MONTANER). En todo caso, la efectiva materialización de este procedimiento debe respetar las directivas comunitarias, y en particular los principios de no discriminación e igualdad de trato que las informan.

En relación con la Administración Local se pretende tanto facilitar que las EELL puedan beneficiarse de condiciones económicas en la contratación que por si solas, individualmente consideradas, difícilmente podrían obtener, como posibilitar que la gestión jurídico-administrativa que toda contratación conlleva se realice adecuadamente y con el menor gravamen posible para ellas. El principio que informa toda esta posibilidad de actuación es la libre decisión de las entidades locales provinciales, respecto de la creación de centrales de contratación, y la libertad de incorporación a los sistemas centralizados constituidos por otras Administraciones Públicas, por parte del conjunto de las entidades locales.

Destaca en primer lugar la previsión por la que las Diputaciones Provinciales podrán proceder a la creación de Centrales de contratación, por acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación, que podrán asumir y ejercer las competencias de los órganos de contratación de los municipios con población inferior a 5.000 habitantes en relación con la adquisición de suministros y servicios y la contratación o celebración de acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios. Tanto la creación de las Centrales de contratación por las Corporaciones provinciales como la asunción por éstas de las competencias contractuales de los municipios descritos es potestativa, articulándose esta última posibilidad a través de un acuerdo entre las entidades locales implicadas. En todo caso su previsión coincide con las preocupaciones manifestadas al respecto tanto por el informe de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública como el Libro Blanco para la reforma del Gobierno Local, que destacaron, dadas las características de nuestra planta municipal, la insuficiencia en gran parte de las entidades locales de personal cualificado para afrontar las exigencias jurídico-formales de la aplicación y gestión de la normativa de contratación pública.

Junto a las posibles centrales de contratación a constituir en el seno de las Diputaciones Provinciales, aunque nada disponga al respecto la Ley, considero que las restantes entidades locales que por su complejidad, volumen de contratación y envergadura, en uso de su potestad autoorganizatoria, así lo crean conveniente, en especial los municipios de gran población, podrán constituir centrales de contratación.

Asimismo se prevé, en este supuesto sin límite alguno en relación con el número de habitantes de las respectivas entidades locales, que cualesquiera de ellas así como los organismos autónomos y entidades públicas dependientes de las mismas puedan adherirse al sistema centralizado de contratación del ámbito estatal, pudiendo hacerlo en relación con todos los suministros, obras y servicios previstos en el mismo o solo para determinadas categorías

de ellos. En todo caso, si se optare por esta adhesión será necesario formalizar un convenio con la Dirección General de Patrimonio del Estado, en su condición de central de contratación única del ámbito estatal.

Idéntica previsión se realiza respecto de la posible adhesión a los sistemas de contratación centralizada que puedan constituir las Comunidades Autónomas, se sobreentiende aunque nada se diga al efecto que la propia del ámbito territorial en el que se ubique la entidad local, correspondiendo a la legislación autonómica la determinación del alcance de la misma, ya sea para la totalidad de los suministros, obras y servicios que éste contrate o solo a determinadas tipologías de los mismos.

La cooperación con otras entidades locales, tal y como hemos reseñado con anterioridad, se prevé expresamente mediante la posibilidad de que los municipios de población inferior a 5.000 habitantes se incorporen a los sistemas centralizados de contratación que pudieran constituir las Diputaciones provinciales, pudiendo ser beneficiarias asimismo de dicha técnica, mediante el correspondiente acuerdo con la corporación provincial, los municipios de población superior y otras entidades locales, si a sus intereses convinieren.

### **III. ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES**

#### **1. El expediente de contratación**

Con carácter general el artículo 22 de la LCSP dispone para el conjunto de entes, organismos y entidades que integran el sector público, entre ellos los de naturaleza local, que en la documentación preparatoria de los contratos deberá acreditarse la naturaleza, extensión y necesidades que pretenden satisfacerse con el mismo y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.

En el seno de las Administraciones Públicas, de conformidad con el artículo 93.1 LCSP, la celebración de los contratos exige la previa tramitación de expediente administrativo que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad del contrato. De forma somera enumeramos los documentos administrativos que de conformidad con el artículo 93.3 y 4 LCSP, en todo caso, deben integrar el expediente de contratación: acuerdo de inicio; pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas o documento descriptivo en el supuesto de diálogo competitivo; certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya y la fiscalización previa de intervención, si bien su exigencia no tiene naturaleza de norma básica, así como la justificación del procedimiento de selección del contratista elegido y de los criterios de adjudicación del contrato que se establezcan. En los deno-

minados contratos menores, el contenido del expediente se reduce al mínimo, lo que no supone la inexistencia de expediente administrativo como algunas voces han interpretado, exigiéndose únicamente con carácter general la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente, y en el supuesto de contrato menor de obra la incorporación de un presupuesto y, en su caso, de un proyecto cuando normas específicas así lo exijan.

El expediente una vez tramitado debe ser aprobado por el órgano de contratación mediante resolución motivada que tiene una finalidad habilitadora, permitir abrir el expediente de adjudicación, y que con carácter general conlleva la denominada aprobación del gasto. Nada nuevo añade al respecto la D.A. II, párrafo 7 LCSP que se limita a reiterar esta regla en el seno de las entidades locales, si bien su específica redacción para ser cabalmente entendida ha de ser puesta en relación con la derogación del artículo 113 TRRL, regulador de prescripciones de tenor similar, que lleva a cabo la Disposición Derogatoria única, letra c).

Con carácter general se adecúa a la realidad organizativa de las entidades locales la emisión de los informes jurídicos y de fiscalización previstos en el seno de la legislación contractual, de forma que la emisión de aquellos se realizará por el Secretario o titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico y éstos por el Interventor de la entidad local. Una vez más esta expresa previsión en el articulado de la LCSP se justifica en la derogación del artículo 113 TRRL, que en sus apartados 4 y 5 contenía una disposición de similar tenor.

## **2. La aprobación del gasto**

Ya hemos reseñado que con carácter general, la aprobación del expediente conlleva la aprobación del gasto, correspondiéndole ambas atribuciones al órgano de contratación, salvo en los supuestos excepcionales en que el presupuesto no haya podido ser determinado previamente por la Administración o que se haya producido la alteración de la competencia mediante las técnicas de la desconcentración o de la delegación.

En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes la aprobación del gasto será sustituida por una certificación de existencia de crédito que se expedirá por el Secretario Interventor, o por el Interventor en su caso. ( D.A. II, 7). Esta sustitución tiene una particular trascendencia en los supuestos de los denominados contratos menores, que tal y como hemos visto anteriormente, con carácter general exigen como actuaciones preparatorias únicamente la aprobación del gasto y la incorporación de la factura, dándose con ello la posibilidad de que ningún órgano político participe en la adop-



ción de los acuerdos esenciales de la contratación, circunstancia que contra- viene la necesaria adopción de los acuerdos por los órganos que tienen com- petencia para contratar.

### **3. Los pliegos de cláusulas administrativa**

#### **A) Pliegos de cláusulas administrativas generales**

El artículo 98.3 de la LCSP reitera el reconocimiento de capacidad y com- petencia de las entidades locales para aprobar pliegos de cláusulas adminis- trativas generales al establecer expresamente dicha posibilidad, de acuerdo con sus normas específicas y previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas. La principal novedad de la nueva regulación radica en el carácter básico del precepto, de forma y manera que, a mi entender, el reconocimiento de dicha capacidad y compe- tencia no se difiere a la legislación autonómica, tal y como sucedía con el artículo 48.3 TRLCAP que al no tener la consideración de básico requería dicho complemento normativo. Por ello, sin perjuicio de las especificidades que al respecto pueda establecer la legislación autonómica y las propias de la legis- lación local, las entidades locales pueden aprobar pliegos de condiciones admi- nistrativas generales, respetando en todo caso el procedimiento previsto en la LCSP, modulando con ello sustancialmente los informes emitidos al respecto por el Consejo de Estado. (JCA, 2216/1995; 606/1996; 334/2002 Informe 2701/2005, de 7 de diciembre).

Sobre la naturaleza jurídica de los pliegos recordar la controversia exis- tente en el seno de la doctrina sobre su carácter normativo o meramente con- tractual, significando que el Consejo de Estado en Dictamen 2216/1995, de 16 de noviembre los caracterizaba como norma de desarrollo de la Ley de Contratos y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en Informe 71/1999, de 11 de abril de 2000 los consideraba como parte del clausu- lado del contrato.

#### **B) Pliegos de cláusulas administrativas particulares**

Tal y como con carácter general previene el artículo 99 LCSP, los plie- gos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse por el órgano de contratación previamente a la autorización del gasto o conjuntamente, siem- pre antes de su licitación o de su adjudicación provisional. La D.A. II, 7 LCSP especifica que la exigencia establecida en el artículo 99.6 LCSP, para la Admi- nistración del Estado y su entramado instrumental, que por ello carece de natu- raleza básica, de emisión de un informe jurídico previo a la aprobación de

los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el seno de las entidades locales se atribuye al Secretario de la corporación o al titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de aquella. Junto a ello se establece la emisión de un informe del Interventor, que no se contempla en las previsiones relativas a la Administración del Estado y su entramado instrumental, que a mi entender consistirá en el informe de fiscalización previa, que conlleva la intervención crítica de todo documento susceptible de producir derechos, que si bien se relaciona en el artículo 93.3 como parte integrante del expediente, su regulación no tiene naturaleza básica.

Tras la aprobación del TRLCAP, se suscitó una cierta controversia sobre la exigencia o no de exposición pública de los pliegos de condiciones administrativas particulares aprobados por las entidades locales, y en particular sobre la vigencia del artículo 122 del TRRL, que se incrementó con motivo de la redacción de la D.A. novena, 3 del R.D. 1098/2001, de 12 de octubre. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 23.02.1999 consideró vigente dicho precepto al afirmar

*«...el que la LCAP no contenga régimen alguno relativo a la publicidad de los pliegos de condiciones no supone que la prohíba o impida, y en el ámbito de la contratación local subsisten y han de entenderse vigentes los preceptos que la exigen: ante todo está la norma del TRRL, que establece un plazo de exposición al público de ocho días hábiles dentro del cual pueden presentarse reclamaciones para que sean resueltas por la Corporación...»*

El Tribunal Supremo en STS de 22 de junio de 2004, confirmó dicha opinión afirmando

*«En primer lugar, ha de considerarse el régimen local, puesto que de acuerdo con la Ley de Bases de Régimen 7/85, está vigente una específica regulación de la contratación local, contenida en el Texto Refundido de Régimen Local y Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales.»*

No obstante en STS. de 20 de noviembre de 2006 modificó su criterio al afirmar respecto del TRLCAP

*«Su pretensión de complitud, a salvo de las peculiaridades que corresponda en el ámbito de las competencias de las comunidades Autónomas, queda patente desde el texto inicial de la LCAP pues su Disposición Derogatoria única en su apartado 1.b) entre otras disposiciones, abrogó el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953... La Disposición Adicional Novena del TRLCAP establece un conjunto de Normas específicas de Régimen Local en aspectos muy concretos como la potestad de constituir Juntas de Contratación, la formación de las Mesas de Contratación, etc. sin referencia alguna a especialidades en el ámbito de la publicación de los anuncios de los concursos.»*

Por su parte, la Junta de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en informe 20/2006, de 20 de junio, ratificándose en el criterio que contenía su informe de 6 de julio de 2000, consideró

*«desde el punto de vista de la legislación estatal, no resulta aplicable el requisito de exposición al público de pliegos y anuncios de contratos en el ámbito en el ámbito de la contratación de las Entidades Locales, al deber considerarse derogado tácitamente el artículo 122 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local por la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por oponerse el primero a la regulación de publicidad de contratos contenida en la misma».*

En idéntico sentido se manifestó mediante Informe 56/07, de 24 de enero de 2004 emitido a instancias del Ayuntamiento de Pontevedra.

La expresa derogación del artículo 122 del TRRL, entre otros, efectuada por la Disposición Derogatoria única apartado c) de LCSP zanja la cuestión, por lo que no será exigible un régimen de publicidad específica de los pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados por las entidades locales distinto del establecido con carácter básico en el artículo 99, relativo a los pliegos, 125, relativo al anuncio previo, y 126 LCSP, relativo a la convocatoria de licitaciones.

#### **4. La publicidad de licitaciones y adjudicaciones**

##### **A) Publicidad de las licitaciones**

Como es habitual en la economía de la LCSP, la publicidad de las licitaciones que efectúen las entidades locales va a depender de las características del contrato que se convoca. Si se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada deberá publicarse preceptivamente en el BOE y en el DOUE, tal y como establece el artículo 126.1 LCSP, pudiendo publicarse en otra tipología de boletín oficial pero sin tener carácter sustitutorio de aquella.

Si el contrato no se haya sujeto a regulación armonizada el anuncio puede publicarse opcionalmente en el Boletín Oficial del Estado o sustituirse su publicación por la que se realice en los Boletines Oficiales autonómicos, en los supuestos de Comunidades Autónomas uniprovinciales, o en los Boletines Oficiales Provinciales, en las restantes supuestos. Asimismo con carácter potestativo puede efectuarse su publicación en el DOUE.

La publicidad de la licitación también se efectuará, en su caso, a través del perfil del contratante. En los procedimientos negociados con publicidad para la contratación de suministros o de servicios, no sujetos a regulación armonizada, o de gestión de servicios públicos o en los restantes contratos

de las administraciones públicas, de cuantía todos ellos superior a 60.000 euros o 200.000 euros cuando se trate de contratos de obras, la publicación del anuncio en el Boletín Oficial del Estado o Boletín Oficial autonómico o provincial puede ser sustituida por la publicidad del perfil del contratante.

## **B) Publicidad de las adjudicaciones**

Las reglas de información a los candidatos y a los licitadores establecidas con carácter básico en el artículo 137 LCSP es de directa aplicación en el seno de las entidades locales.

El artículo 138.2 LCSP, de carácter básico, establece la obligación de publicar las adjudicaciones definitivas de los contratos de cuantías iguales o superiores a 100.000 euros o en los contratos de gestión de servicios públicos cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior a dicha cantidad o su plazo de duración exceda de cinco años, en un plazo no superior a 48 días en el BOE, o en el caso de las entidades locales optativamente en los Boletines Oficiales provinciales. Se publicará igualmente en perfil del contratante si la cuantía excede de 50.000 euros en los contratos de obras y de 18.000 euros en los demás contratos.

Si el contrato se encuentra sujeto a regulación armonizada deberá publicarse la adjudicación, en todo caso, en el Boletín Oficial del Estado y en el DOUE. En los supuestos de contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la Ley, de cuantía igual o superior a 211.000 euros, el órgano de contratación habrá de comunicar la adjudicación definitiva a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación.

## **5. El procedimiento negociado**

### **A) La conversión de un procedimiento excepcional en el procedimiento ordinario: La supresión del límite por razón de la cuantía**

La LCSP en su artículo 1 proclama específicamente el sometimiento de la contratación del sector público a los principios generales de la contratación: libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los procedimientos; no discriminación e igualdad de trato y el novedoso de eficiencia en la utilización de los recursos públicos.

Nos encontramos ante la concreción desde el punto de vista del derecho estatal de los principios establecidos en las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, en particular en las aprobadas durante la década de los 90

y, especialmente, en la Directiva 2004/18/CE. No debe olvidarse que los principios son normas jurídicas, que manifiestan el sentido y la finalidad misma del ordenamiento.

No obstante tal y como ha resaltado MORENO MOLINA *«se mantiene un serio riesgo de huida de los mismos por el mantenimiento de procedimientos de contratación de carácter excepcional e incluso la fuerte elevación de los umbrales que permiten acudir a ellos»*. En este sentido, como ya hemos mencionado al inicio de estas líneas, destacan los artículos 155, d), 156, b), 157, f), 158, e), y 159 LCSP que elevan sustancialmente los umbrales que permiten la utilización del procedimiento negociado, ya sea con publicidad, 1.000.000 euros en el contrato de obras, 500.000 euros en gastos de primer establecimiento y plazo de duración inferior a cinco años en el contrato de servicios públicos, y 100.000 euros en el resto de contratos. Ya sea sin publicidad, 200.000 euros en el contrato de obras y 60.000 euros en los restantes contratos.

Esta circunstancia se va a ver fuertemente incrementada en el ámbito de las entidades locales como consecuencia de la derogación del artículo 88 de la LBRL que efectúa la Disposición Derogatoria única, letra b). El apartado 3 del mencionado precepto establecía, junto con los límites generales previstos para la denominada en aquel momento «contratación directa», un límite específico fijado en el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto de las entidades locales, que excluía la utilización de dicho procedimiento. Al mencionado aumento de los umbrales económicos generales debe unirse la desaparición de ese límite específico, que inevitablemente va a suponer que en el seno de la mayoría de nuestras entidades locales el procedimiento negociado pase a ser, no ya un procedimiento habitual de contratación, sino el procedimiento de contratación por antonomasia. Como acertadamente afirma CARBONERO GALLARDO *«en las pequeñas entidades (que son, recordemos, la gran mayoría en España) con estas cuantías no se volverá a efectuar una licitación pública en mucho tiempo»*.

## **B) Especial referencia a la urgencia como supuesto habilitante del procedimiento negociado**

El artículo 154, e) LCSP establece como uno de los supuestos que habilita a las Administraciones Públicas para la utilización del procedimiento negociado la concurrencia de una imperiosa urgencia, que modula el régimen común de selección de contratistas permitiendo la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. En este supuesto la urgencia, que se caracteriza como imperiosa, debe dimanar de *«acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación y no imputables al mismo»*, circunstancias éstas, más

restrictivas que las que se exigen para la declaración de urgencia de la tramitación del expediente de contratación, que fueron resaltadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de 18 de marzo de 1992 (Universidad Complutense de Madrid) que consideró que no concurría el presupuesto material de la urgencia por no existir imprevisibilidad para el órgano de contratación ni inimputabilidad del poder adjudicador al afirmar « *que los problemas de falta de capacidad de la Universidad no eran imprevisibles para el Rectorado*», distinguiendo con ello entre los conceptos «imprevisible» e «imprevisión».

Asimismo, y con carácter acumulativo, se exige que la finalidad que se propone no pueda alcanzarse mediante la utilización del procedimiento de urgencia, resaltándose con ello, tal y como afirman MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, el carácter subsidiario y de necesaria interpretación restrictiva de este supuesto respecto de la tramitación urgente. En este sentido la reciente Jurisprudencia del TS ratifica esta perspectiva en sendos pronunciamientos. Así la STS de 25 de octubre de 1999 (EDJ 1999/40587), en relación con la apertura de procedimiento de adjudicación por contratación directa por motivos de urgencia respecto varias obras de acondicionamiento de carretera y caminos en Burgos, afirma que «*en este caso no existió procedimiento o expediente alguno propiamente dicho encaminado a declarar la urgencia en la adjudicación del contrato... la Diputación basó la urgencia no en que el estado del firme supusiera un peligro para la circulación, sino en que las obras tenían que estar terminadas antes del 30 de septiembre, según lo ordenado por el Ministerio de las Administraciones Públicas*». E igualmente la STS. de 16 de octubre de 2000 (ED 2000/3417) con suficiente nitidez considera que la justificación para acordar la contratación directa es requisito esencial y que «*esta justificación debe alcanzar al extremo de que las necesidades apremiantes de verificar el contrato no pueden lograrse por medio de la tramitación urgente... Es pues indispensable que se justifique que, acudiendo a la indicada tramitación urgente, no es posible satisfacer las necesidades apremiantes que obligan la inmediata tramitación*».

La D.A. II, apartado 9 LCSP va a exigir la incorporación al expediente, se sobreentiende que con carácter previo a la adopción de la decisión procedimental, de un informe del Secretario, u órgano que ejerza la función de asesoramiento jurídico, y del interventor justificando la concurrencia del supuesto habilitante. Dada la evidente concurrencia de conceptos jurídicos indeterminados en la definición de las circunstancias justificativas de este supuesto de utilización del procedimiento negociado, y dado el carácter inicialmente excepcional de este procedimiento contractual, la reiteración de estas exigencias, aparentemente novedosas pero que ya figuraban en cierto modo en el derogado artículo 120.1, 2 TRRL parecen cargadas de sentido y oportunidad. En

todo caso puede adivinarse un mayor grado de concreción en el contenido de los informes previos que deben emitirse, «sobre justificación de la causa de urgencia apreciada», que si bien podía considerarse implícito en la anterior regulación se determina expresamente en esta ocasión por el legislador.

Coincidimos, no obstante, con CARBONERO GALLARDO en resaltar la paradójica situación creada por una regulación que por un lado pretende reforzar las garantías para una correcta justificación de la urgencia como circunstancia habilitante del procedimiento negociado y por otro transforma de hecho un procedimiento extraordinario en el procedimiento ordinario de contratación.

## **6. La encomienda de gestión del expediente de contratación**

Las labores de cooperación y asistencia han sido definitorias de la caracterización normativa dada por el legislador básico de régimen local a las Diputaciones Provinciales. La legislación de desarrollo aprobada por las distintas CCAA han respetado, como no podía ser de otra forma dado el carácter básico de la regulación estatal, dicha configuración, si bien en alguno casos se han atribuido funciones de cooperación local a otras entidades locales de nueva creación, como la comarca, en régimen de concurrencia con las Diputaciones Provinciales.

El apartado 5 de la Disposición Adicional segunda de la LCSP, haciéndose eco de las sugerencias y conclusiones adoptadas por la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, ha apostado por reforzar esta labor de cooperación de las entidades provinciales en particular con los municipios de pequeña población en el ámbito de la contratación pública. A la posible conversión de las Diputaciones en centrales de contratación de los municipios de población inferior a 5000 habitantes, a lo que ya hemos hecho referencia anteriormente, se une la previsión de que dicha tipología de municipios mediante convenio de colaboración encomienden la gestión de los procedimientos de contratación en las Diputaciones Provinciales.

Nos encontramos ante un supuesto claramente subsumible en la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 LPAP, puesto que se trata de la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios titularidad de los municipios de población inferior a 5000 habitantes que dada su carencia de medios técnicos idóneos para su desarrollo se encomiendan a órganos de distinta Administración. Si bien se establece un umbral de población, a mi entender no existe impedimento alguno para que municipios con población superior o incluso otra tipología de entidades locales efectúen una

encomienda de dicho tenor, si concurren las circunstancias que habilitan la utilización de esta técnica.

La titularidad de la competencia de contratación seguirá correspondiendo a la entidad local encomendante, no produciéndose alteración de la misma, quien a su vez podrá dictar actos y resoluciones de carácter jurídico que den soporte a la gestión del procedimiento de contratación encomendado.

El contenido de la encomienda de gestión versará tanto sobre la estricta tramitación del expediente administrativo, definido en los artículos 93 y 94 LCSP, como sobre el procedimiento de adjudicación que se iniciará mediante la resolución motivada de aprobación del expediente de contratación, como sobre la formalización del contrato, si bien en el convenio que ha de suscribirse entre las entidades locales implicadas deberá especificarse el alcance, contenido y actuaciones objeto de la encomienda.

## **7. Las garantías**

El artículo 88.4 de la LBRL establecía que las fianzas debían depositarse en la Caja de la Corporación contratante. Como ya hemos mencionado la LCSP procede a la derogación de dicho precepto en su totalidad, por lo que esta expresa previsión ha sido sin duda alguna derogada.

El artículo 84 de la LCSP regula con carácter básico, y por lo tanto de directa aplicación en las entidades locales, las garantías admitidas en los procesos licitatorios estableciéndose que la realizada en efectivo o en valores de Deuda Pública se depositarán en las Caja General de Depósitos o establecimientos públicos equivalentes de las entidades locales contratantes ante las que deban surgir efectos. Las efectuadas mediante aval o contrato de seguro de caución, de conformidad con el artículo 58 del RGLCAP se constituirán ante el mismo órgano de contratación.

## **8. Reglas especiales sobre los proyectos de obras**

### **A) La supervisión de proyectos**

El artículo 109 LCSP, precepto que carece de naturaleza básica, establece que la supervisión de los proyectos de obras deberá realizarse con carácter obligatorio en los supuestos en que su presupuesto sea igual o superior a 350.000 euros, o en los que no alcanzando dicho importe las obras afecten a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de las mismas. En los restantes supuestos la emisión del informe tendrá carácter meramente facultativo. En todo caso, en el seno de las entidades locales, corresponderá la emisión



del informe a las oficinas o unidades existentes en las entidades locales contratantes o, en caso de carecer de ellas, por las de la correspondiente Diputación Provincial, tal y como ya establecía la D.A. novena del RGLCAP, previsión que la LCSP eleva de rango normativo.

Dado el carácter básico de la totalidad de la D.A. segunda LCSP, el artículo 109 adquiere ese carácter respecto de las entidades locales. Por ello, las normas reguladoras del régimen local dictadas por las Comunidades Autónomas que cuenten con competencia para ello, no van a poder establecer supuestos de supervisión de los proyectos de obra de las entidades locales de características diferentes. En este sentido el artículo 231 de la LAL de Aragón que con carácter obligatorio exige el informe de supervisión del proyecto si su cuantía es igual o superior a 50.000.000 de pesetas y lo configura como facultativo en los demás supuestos restantes, debe considerarse desplazado por la legislación básica estatal. No obstante, a mi entender resulta de aplicación la posibilidad de que la emisión del informe la realicen junto con las unidades de las Diputaciones provinciales las que puedan crearse en el seno de las comarcas, siendo discutible el mantenimiento de la exención de la obligatoriedad del informe en los casos en que el proyecto haya sido redactado por los servicios de la propia entidad local contratante o por los de la Diputación Provincial o los de la Comunidad Autónoma, no obstante la lógica de su previsión.

## **B) El fraccionamiento de proyectos de obra**

La Disposición Derogatoria única, letra c) deroga el artículo 125 del TRRL en el que se posibilitaba a todas las entidades locales, sin excepción, en los contratos plurianuales la redacción de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que fueran susceptibles de utilización independiente en el sentido del uso general o del servicio, o pudieran ser sustancialmente definidas.

La nueva regulación dada por la D.A. II, apartado 11 de la LCSP limita la utilización de esta posibilidad exclusivamente a los municipios de población inferior a 5.000 habitantes, identifica las partes de la obra objeto de posible proyecto independiente como «*susceptibles de utilización separada*» o sustancialmente definidas y atribuye al Pleno de la entidad local, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta legal de sus miembros, la concesión de la autorización para el fraccionamiento en fases del proyecto inicial, no pudiendo delegarse el ejercicio de esta atribución en ningún otro órgano de la corporación.

La finalidad perseguida es obvia, limitar la practica extendida de fraccionar proyectos en sucesivas fases al objeto de facilitar su ejecución en fun-

ción de la financiación obtenida. Los requisitos materiales exigidos por la legislación que se deroga, con independencia de su grado de cumplimiento real, acertadamente se mantienen, resultando más discutible la limitación de esta posible práctica a los pequeños municipios puesto que la financiación de los proyectos de cierta envergadura en la inmensa mayoría de nuestras entidades locales depende de la financiación condicionada que al respecto pueda obtenerse de las administraciones de mayor ámbito territorial, por definición escasa y en la práctica en gran medida impredecible.

#### **IV. ESPECIALIDADES EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN PATRIMONIAL**

Una novedad reseñable de la LCSP es la exclusión de su ámbito objetivo de aplicación de los denominados contratos de gestión patrimonial. En este sentido el artículo 4.1, letra p) expresamente excluye los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la contratación patrimonial.

Por lo tanto, los contratos de esta naturaleza que realicen las entidades locales, desde el punto de su preparación y adjudicación se regirán por las normas establecidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y por las normas de desarrollo de la misma que dicten las Comunidades Autónomas, ya sea en su legislación patrimonial o de régimen local, sin perjuicio de las normas de atribución competencial establecidas en la D.A. II, apartados 1 y 2 LCSP, que hemos tenido ocasión de enumerar al comentar las especificidades orgánicas.

Una consecuencia de la exclusión de los contratos patrimoniales de la regulación de la LCSP es la inaplicación a esta tipología de contratos que puedan realizar las entidades locales de las normas relativas a la capacidad de los contratistas, en especial las prohibiciones para contratar, establecidas en el artículo 49 LCSP, excepción hecha de los titulares de las concesiones demaniales a los que por expresa disposición del artículo 94 LPAP, que goza de naturaleza básica, les serán de aplicación aquellas. Por ello, considero conveniente que la legislación de desarrollo de las CCAA tenga en cuenta esta situación creada y determine específicamente las prohibiciones para contratar con las entidades locales en los supuestos de los contratos de gestión patrimonial.

En el apartado 13 de la Disposición Adicional II LCSP se establece la posibilidad, ya prevista en la LPAP, del fraccionamiento hasta cuatro años del importe de los contratos que tengan por objeto la adquisición de bienes inmuebles por las entidades locales.

## **V. ESPECIALIDADES DE ORDEN SUSTANTIVO EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

### **1. A vueltas con el concepto de servicio público**

#### **A) El concepto de servicio público en la LRBRL**

El legislador local ha procedido a efectuar una definición de servicio público, que más bien semeja una descripción que un concepto, en el artículo 85.1 de la LRBRL. Inicialmente, en la versión subsistente hasta la reforma producida con motivo de la Ley 57/2003, los ha descrito como aquellos que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, pudiéndose producir con ello una disociación entre titularidad y competencia, exigiéndose únicamente ésta como criterio legitimador. La reforma efectuada por la LMMGL, que circunscribe los servicios a aquellos que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, a nuestro entender ratifica la vinculación de la atribución de competencia con el servicio público, sin introducir modificación sustancial alguna con la anterior regulación.

El artículo 25.1 LRBRL, por su parte, establece una cláusula genérica a favor de los ayuntamientos, que para un sector doctrinal es una mera declaración de capacidad general de la entidad local (SANTAMARÍA PASTOR, BALLESTEROS FERNÁNDEZ, DEL GUAYO CASTIELLA) y para otros contiene una atribución de competencia general o universal o una presunción de competencia a favor de ésta (CARRO VALMAYOR, MARALET GARCÍA, SOSA WAGNER), al disponer

*«El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal»*

Cláusula que se ve complementada por el listado de materias establecido en el artículo 25.2 LRBRL sobre las que, en todo caso, el municipio ejercerá competencias en los términos de la legislación estatal o autonómica, inspirado en la concepción de la autonomía local como derecho a la participación en los asuntos que afecten a su círculo de intereses consagrado en el artículo 2 LRBRL, produciéndose con ello una clara materialización de lo que ha sido tradicionalmente el sistema de atribución de competencias a favor de los municipios en nuestro ordenamiento, un sistema de determinación legal de las mismas (FANLO LORAS, MORELL OCAÑA, ORTEGA BERNARDO, SOUVIRÓN MORENILLA). El legislador básico establece el marco material de competencias correspondiendo al legislador sectorial su especificación mediante la correspondiente atribución.

Paralelamente el artículo 26.1 LRBRL establece lo que se ha dado en denominar servicios mínimos u obligatorios de los municipios, atribuidos en

función del tramo de población de los mismos, operándose de este modo una atribución implícita de competencias en su favor (DEL GUAYO CASTIELLA, SALANOVA ALCALDE), y el artículo 86.3 LRBRL declara la reserva a favor de las entidades locales de una serie de actividades o servicios esenciales, gran parte de ellas incursas en el listado de servicios mínimos u obligatorios mencionado.

Es en este marco normativo delimitador de las competencias locales, estrechamente vinculado con los servicios públicos, en el que se debe contextualizar el análisis sobre el contenido y alcance del servicio público local, como técnica jurídica de actuación de nuestras entidades locales.

Con carácter general podemos afirmar que la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado mayoritariamente por considerar que la legislación de régimen local ha asumido un concepto funcional de servicio público, en el que la asunción en concepto de titular por parte de la entidad local, exclusiva y excluyente de la actividad de los particulares salvo a título de concesionario, respecto de una determinada prestación de interés público no es un elemento definitorio del mismo. Encuadrado en un concepto subjetivo y operativo de servicio público, el TS en STS de 23 de mayo de 1997 ha afirmado

*«Cabe distinguir entre servicios de titularidad municipal y servicios públicos locales caracterizados: por la declaración formal o «publicatio», la naturaleza prestacional, la necesidad de utilizar un procedimiento o forma de gestión de derecho público y por el criterio teleológico de servir a fines señalados como de la competencia de la entidad local...»*

La Jurisprudencia inicialmente abrazó la teoría estricta u orgánica de servicio público en la conocida, y discutida STS de 24 de octubre de 1989, caso Inicatives, caracterizando el servicio público local como

*«Una actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que sea ésta quien la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se preste un servicio al público de manera regular y continua»*

La evolución jurisprudencial posterior, manifestada a través de la Sentencia de 22 de septiembre de 1994, en relación con el suministro de agua potable a los ciudadanos, y de la ya mencionada STS de 23 de mayo de 1993, rectifica dicha línea argumental y caracteriza los servicios públicos locales por la declaración formal, la naturaleza prestacional y el criterio teleológico de servir fines señalados como de la competencia de las entidades locales, incluyendo con ello a las actividades que presten los entes locales sin necesidad de que se hayan reservado o sean susceptibles de serlo.

## B) El contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP

El artículo 8 de la LCSP realiza una definición de contrato de gestión de servicio público como

*«aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica la gestión de un servicio cuya gestión ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante».*

Opiniones doctrinales cualificadas, consideran que la definición expuesta supone la consagración en el seno de nuestro ordenamiento jurídico de la vinculación entre servicio público y titularidad de la actividad o recurso. Con ello nuestro ordenamiento jurídico distinguiría entre *«actividades configuradas como servicio público»*, que serían las reservadas a favor de la Administración Local por una norma de rango de ley, y *«actividades de servicio público»* cuya titularidad no está reservada a la Administración, pero que a través de la atribución de competencia sobre ellas habilita a aquella a velar por su regularidad y continuidad. En ambos supuestos se produciría una publicatio de la actividad, en el primer caso estricta o intensa y en el segundo amplia o de baja intensidad, atribuyendo con ello en el primer supuesto la titularidad del servicio o actividad a favor de la entidad local y en el segundo la responsabilidad de la satisfacción de una necesidad colectiva representada por dicha actividad.

Desde esta perspectiva sólo los servicios públicos reservados, ex artículo 86.3 LRRL, que serían la concreción de la expresión *«asumida como propia de su competencia»*, serán gestionados a través de los modos gestores previstos en la legislación de régimen local, siendo por otro lado el título habilitante de las *«actividades de servicio público»*, que será desarrollada por los particulares bajo la dirección de la corporación local a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, la autorización operativa. Junto a ello, siempre que exista un interés público que legitime su actuación, las entidades locales podrán realizar cuantas iniciativas y actividades económicas consideren oportunas en estricta igualdad y competencia con los particulares.

La definición de contratos de servicios establecida en el artículo 10 LCSP, en la que a efectos de concretar el ámbito material al que se refiere, consistente en todas aquellas prestaciones de hacer cuyo resultado es distinto al de una obra o un suministro, se remite al Anexo II de la ley donde constan actividades tales como *«servicio de transporte»*, *«servicio de alcantarillado, eliminación de desperdicios, servicios de saneamiento y similares»*, *«servicios de educación y formación profesional»*, *«servicios sociales y de salud»*, todas ellas dentro del ámbito competencial de las entidades locales, confirmaría este nuevo redimensionamiento del ámbito objetivo del concepto de servicio público.

A mi entender, con independencia de la heterogeneidad de las actividades que gozan y han gozado de la denominación de servicio público, tanto desde la perspectiva de su contenido como de las técnicas utilizadas, así como del carácter eminentemente históricamente contingente de su alcance, considero que, salvo modificación sobrevenida de la legislación básica local, la nueva redacción de la LCSP continúa vinculando la idea de servicio público a la prestación pública dimanante de una competencia legalmente atribuida. Por ello, considero que la categoría de servicio público local se ajusta a la concepción propuesta por MALARET GARCÍA, que propugna una concepción subjetiva y funcional de servicio público. Subjetiva porque identifica una cierta actividad de la Administración, en cuanto responsable no como titular, que la diferencia de la mera actividad de reglamentación, y funcional porque resalta su finalidad, el suministro de prestaciones.

La difícil delimitación entre contrato de gestión de servicio público y contrato de servicios, no solo debe tener en cuenta que ambos contratos versan sobre actividades distintas de las propias de los contratos de obras y de suministros, y que el Anexo II de la LCSP describe y enumera una serie de actividades que integrarían el ámbito material de los segundos, sino que debe ponderar adecuadamente la Jurisprudencia del TJCE. En este sentido la STJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/2003, partiendo de la definición de contratos de servicios que establecía el artículo 1,a) de la Directiva 92/50, integrarían esta categoría aquellos *«contratos a título oneroso celebrados por escrito por un prestador de servicios y una entidad adjudicadora»*, afirma que

*«la adjudicación de la gestión de un aparcamiento público de pago por una autoridad pública a un prestador de servicios, en contrapartida de la cual el prestador percibe como retribución las cantidades abonadas por terceros para el uso de dicho aparcamiento, constituye una concesión de servicios públicos a la que no resulta de aplicación la Directiva 92/50».*

Por ello considero que nos encontraremos ante un contrato de gestión de servicio público local cuando las prestaciones dimanantes del ejercicio de una competencia local formalmente atribuida como tal, se encomiende a un tercero que asumirá tanto el derecho a la explotación, mediante contraprestaciones económicas directamente vinculadas con su efectiva utilización, como la responsabilidad de su establecimiento y explotación.

## **2. Las formas de gestión de los servicios públicos**

### **A) Las formas de gestión directa**

La Disposición final primera de la LCSP modifica la redacción del artículo 85.2 de la LRRL de forma que en la enumeración de las formas de gestión

directa de los servicios públicos, la sociedad mercantil cuyo capital social en la redacción dada a la letra A, d) por la 57/2003 se exigía que perteneciera íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma, en la nueva versión se limita a disponer que sea de titularidad pública.

Se mantiene la exigencia de que el capital social sea de titularidad íntegramente pública, y se obvia que íntegramente deba pertenecer a la entidad local o a un ente público dependiente de la misma. Con ello se facilita que la entidad local pueda constituir sociedades públicas de capital íntegramente público, aportando mayoritariamente el capital de la misma, y contando con aportaciones de capital de entes públicos dependientes de ella y/o de otras administraciones o entidades públicas de distinta naturaleza. Con la nueva redacción una sociedad mercantil local, siempre y cuando cuente con una participación mayoritaria de entes locales o de entidades públicas dependientes de ellos y los servicios que se pretendan gestionar tengan la naturaleza de locales, podrá contar con participación de la Comunidad Autónoma o del Estado y de entidades públicas de ellas dependientes.

El legislador, en su vorágine normativa, ha olvidado modificar el artículo 85 ter. 2 de la LBRL que al regular las denominadas «*sociedades mercantiles locales*» continúa exigiendo que el capital social deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o por entidad pública dependiente de ella. BERNAL BLAY ha planteado, no obstante, la posible compatibilidad entre ambos preceptos interpretando que en el momento de la constitución el capital sea aportado íntegramente por una entidad local o entidad pública dependiente de ella y posteriormente puedan incorporarse otras entidades públicas.

Con esta nueva redacción, soluciones normativas como las facilitadas por el Decreto 347/2002, de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las entidades locales de Aragón, por las que las sociedades mercantiles con capital social íntegramente público pertenecientes a diversas entidades locales son consideradas como una modalidad gestora indirecta a través de sociedad mercantil de capital mixto, serían desplazadas por la nueva legislación básica estatal, que las conceptúa como sociedades de capital de titularidad íntegramente pública. No obstante, SOSA WAGNER considera que dado dichas que sociedades se benefician en parte del régimen aplicable a las íntegramente públicas pero conviviendo con elementos de las sociedades mixtas «no es muy correcto incluir estas sociedades en las formas de gestión directa».

Desde la perspectiva de la legislación contractual, si bien es cierto que las Directivas comunitarias no son de aplicación a la concesión de servicios públicos por estar excluidas, los poderes adjudicadores deben respetar los principios de publicidad y no discriminación, tal y como expresamente ha manifestado la STJCE de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen). No obstante tal y como se afirma en dicha resolución judicial

*«...en el ámbito de las concesiones de servicios públicos estará excluida la aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece».*

Nos enfrentamos con ello a la cuestión de si las sociedades mercantiles locales, cualesquiera que sea su composición ( de una sola entidad local o de varias entidades públicas), pueden ser consideradas como medios propios o servicios técnicos de la entidad local y con ello si la encomienda o mandato de gestión del servicio público a través de ellas se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la ley, por considerar que existe una falta de autonomía contractual por parte del ente instrumental.

En este sentido debe acudirse a la definición de medio propio o servicio técnico dada en el artículo 24.6 LCSP, en la que se reiteran los criterios establecidos por la Jurisprudencia comunitaria (Teckal, ARGE, Parking Brixen GMBH, Stadt Halle, Comisión c. Austria, entre otras), consistentes en la existencia entre el poder adjudicador y la entidad instrumental de un control análogo al que aquel pueda ejercer sobre sus propios servicios, en que la parte esencial de su actividad deberá realizarse con el poder adjudicador y que la totalidad del capital deberá ser de titularidad pública.

La nueva regulación determina con cierto detalle el contenido del concepto «control análogo», que supone la posibilidad de conferir encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan. No obstante, en relación con el criterio de «realización de la parte esencial de su actividad para la entidad encomendante», si bien se menciona expresamente su exigencia, mantiene la indeterminación de su contenido en línea con la ambigüedad existente en la jurisprudencia comunitaria, debiendo ser tenidas en cuenta las recientes STJCE de 11 de mayo de 2006 (Carbotermo y Consorcio Alisei) y de 19 de abril de 2007 (Asenfo c. TRAGSA y Administración General del Estado).

La condición de medio propio y servicio técnico de las sociedades mercantiles locales que cumplan los criterios mencionados deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esa condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueda conferir.

La nueva redacción del artículo 85.2,A, d) de la LBRL en línea con la jurisprudencia comunitaria permite que, si bien la titularidad de las acciones



de la sociedad mercantil local ha de ser íntegramente pública, en su capital participen distintas entidades públicas. No obstante, tal y como destaca con acierto BERNAL BLAY, si bien la titularidad pública del capital resulta indicativo de la existencia de un control efectivo, no es por si solo suficiente. Lo verdaderamente relevante es la existencia de «una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes». La STJCE de 19 de abril de 2007, Asunto C-295-05 TRAGSA, supuesto de sociedad pública integrada por capital titularidad de distintas administraciones, identifica la existencia de dicho control con la existencia de encargos obligatorios para la sociedad y precios tasados, en cuya determinación esté garantizada la influencia de los entes públicos implicados, en el caso concreto que nos ocupa de la entidad local. En este sentido debiera recordarse las conclusiones del Abogado General en el mencionado proceso que afirma que es preciso que el estatuto legal aplicable garantice la influencia real que todos los entes públicos que formulen encargo tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes.

En cuanto al requisito de existencia de un vínculo de destino de la parte esencial de la actividad de la sociedad mercantil local con la entidad local encomendada, la mencionada STJCE de 17 de abril de 2007, TRAGSA, siguiendo la estela de la Sentencia Cabotermo/Consortio Alisei, ha determinado que

*«cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en su conjunto (...). TRAGSA realiza por término medio más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan».*

SOSA WAGNER, con acierto, propugna la existencia de límites a la utilización del recurso a los contratos domésticos en el ámbito de nuestras asimétricas entidades locales. En este sentido, en aras al principio de proporcionalidad, reclama como límites «la adecuación entre la envergadura de esas organizaciones instrumentales y las posibilidades de prestación del Ayuntamiento y sus posible necesidades», «la entidad de los medios propios de los que dispone la Administración, que han de ser suficientes, pues la simple utilización de una sociedad pública-pantalla constituiría un auténtico fraude de ley» y el control y erradicación de las prácticas restrictivas de la competencia.

## **B) Las formas de gestión indirecta**

La nueva redacción del artículo 85.2, B) de la LBRL mantiene el abandono de una tipología específica de fórmulas gestoras indirectas propias de las entidades locales manifestado por la Ley 57/2003 y reitera la expresa remisión a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público. El artículo 253 LCSP establece una enumeración tasada de estas modalidades contractuales, consistentes en la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta. Esta previsión, junto con la expresa derogación del artículo 95.2 del TRRL en el que se regulaba el arrendamiento como una modalidad de gestión indirecta para *«los servicios cuya instalación se haya hecho directamente por la Corporación o que sea propiedad de ésta»*, elimina cualquier sombra de duda sobre la desaparición de esta tipología gestora.

Por su parte el artículo 251 LCSP, que regula el tipo de servicios públicos que pueden ser gestionados mediante las fórmulas contractuales previstas, amplía el ámbito de los mismos al establecer el requisito de que sean susceptibles de explotación por los particulares, no limitándolo a los servicios de contenido económico que sean susceptibles de explotación por empresarios particulares. Con ello se da cobertura a la gestión contractual indirecta de los denominados servicios atinentes a las personas, entre los que destacan los servicios sociales, en cuya prestación corresponde un destacado protagonismo a las entidades locales, y cuya gestión efectiva suele atribuirse a entidades privadas sin ánimo de lucro.

Los servicios sociales deben ser considerados como servicios públicos, disciplinados por las reglas comunes de éstos, ya que en palabras de VAQUER CABALLERÍA *«en el marco común del valor superior de la igualdad, la primacía que en los servicios atinentes al territorio ocupa cada día más el principio de la competencia (igualdad en la confrontación), la desempeña en los servicios atinentes a la persona el principio de la solidaridad (igualdad en la cooperación)»*. Una de las consecuencias inmediatas de ello es el sometimiento a las reglas de la contratación pública de esta tipología contractual, debiendo abandonarse la extendida e inadecuada técnica de los convenios de colaboración con particulares de utilización habitual por considerar que su objeto no se encontraba comprendido en el de los contratos que regulaba la legislación contractual.

## VI. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1.

Sobre el proceso de unificación normativa de la legislación de contratación pública así como para una visión detallada de las peculiaridades de la contratación local en el TRLCAP, vid., Juan CLIMENT BARBERA, *La contratación de las entidades locales*, en «Nuevas perspectivas del régimen local» (Estudios en Homenaje al Profesor Boquera Oliver), Tirant lo Blanc, Valencia, 2002, pp. 593 a 635.

Sobre la aplicación de los principios generales de la contratación pública al conjunto del sector público, vid. José María GIMENO FELIÙ, *Contratos Públicos: Ambito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003, y *Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión*, «Cuadernos de Derecho Local», número 14, junio 2007, Fundación Democracia y Gobierno Local.

Sobre la aplicación de los principios generales de la contratación al conjunto del sector público y en particular a las entidades locales y sobre los riesgos de su huida, vid. José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007.

### 2.

Sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, vid. José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Isabel GALLEGO CIÉRCOLES, *Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público*, «Revista Practica de Contratación administrativa», número 72, pp. 36 y ss. Asimismo, David BLANQUER CRIADO, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía práctica*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2007, y A. MENÉNDEZ REIXACH, *El ámbito subjetivo de la LCSP* (inédito), ponencia impartida en el Seminario de Derecho Local organizado por la Fundación Ramón Sainz de Varanda, FAMPC.

### 3.

Un análisis minucioso de las especialidades orgánicas en el TRLCAP, Juan CLIMENT BARBERA, *La contratación ...*, op. cit.

Una visión crítica sobre la regulación en la LCSP de la distribución de atribuciones contractuales en los distintos órganos de las entidades locales, José María GIMENO FELIÙ, *Observaciones al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposi-*

*ción de la Directiva 18/2004, «Contratación Administrativa Práctica», número 52, abril de 2006. En idéntico sentido José Miguel CARBONERO GALLARDO, Las especialidades de la contratación local en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, «Contratación Administrativa Práctica», número 60, enero 2007, La Ley.*

La cita de Salvador ROMERO HERNÁNDEZ sobre la aplicabilidad de la técnica de la delegación, puede leerse en *Aplicación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público a las entidades locales*, «Noticias Jurídicas», enero 2008, edición digital.

Sobre las Juntas de Contratación, su naturaleza, composición y funciones con carácter general puede consultarse Luis MORELL OCAÑA, «Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas*, Director, Rafael Gómez-Ferrer Morant, pp. 123-168, Civitas-Thomson, Madrid, 2004. También resultan de utilidad y provecho Emilio JIMÉNEZ APARICIO JIMÉNEZ APARICIO, Emilio (coordinador), *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Publicas*, Aranzadi, Navarra, 2002 y Antonio MORALES PLAZA y Enrique MEDINA MALO, Enrique, *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas*, BOE, Madrid, 2006.

Sobre las centrales de contratación resulta de interés la consulta de, donde procede su cita, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Requisitos de los contratos, capacidad y solvencia de las empresas*, en «Comentario a la Ley de Contratos del Estado», Thomson – Civitas, Madrid, 2004 y María Asunción SANMARTÍN MORA, *La contratación centralizada*, IAAP, Zaragoza, 2003.

#### 4.

Un interesante estudio sobre las especialidades procedimentales en el ámbito local, vid. Rodrigo J. ORTEGA MONTORO, *La contratación de las entidades locales en la nueva ley de contratación del sector público, 30/2007, de 30 de octubre: Especialidades*, «El Consultor de Ayuntamientos y Juzgados», número 1, quincena 15-29 enero 2008.

En relación con el expediente de contratación y actuaciones preparatorias consultar Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos*, en «Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», director R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

Sobre la publicidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares vid J. PÉREZ AMORÓS, *La publicidad de las licitaciones en las Entidades*

*Locales*, «El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados», n.º 11, quincena 15-29 de junio de 2007.

La cita de José Antonio MORENO MOLINA sobre la huida de los principios de la contratación pública local mediante la utilización de procedimientos extraordinarios en, *Presentación de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público, Especial Ley de Contratos del Sector Público*, Ley, Madrid, 2007.

Destacando la posibilidad de que las entidades locales de pequeñas dimensiones y presupuesto no vuelvan a licitar un solo contrato, vid. José Miguel CARBONERO GALLARDO, *Las especialidades de la contratación local*, op. cit.

Afirmando el carácter subsidiario de la urgencia como supuesto habilitante del procedimiento negociado sin publicidad respecto de la tramitación urgente de los expedientes, vid. José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *El nuevo Reglamento de Contratación de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2002.

## 5.

Considerando que el artículo 25.1 LBRL establece un cláusula de capacidad general a favor de las entidades locales, vid. Angel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *Los servicios Públicos locales: Servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal*, «Revista de Estudios de Administración Local», número 291. En idéntico sentido Ignacio DEL GUAYO CASTIELLA, *La gestión de los servicios públicos locales*, «Revista de Administración Pública», número 165

Favorables a considerar dicho precepto como una atribución de competencia universal o presunción de competencia a favor de las entidades locales, José Luis CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, *Servicio Público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica*, en «Estudios de Derecho Público Económico», Civitas, Madrid; Elisenda MALARET GARCÍA, *Servicio público, actividad económica y competencia ¿Presenta especificidades en la esfera local?*, «Revista de Estudios de Administración Local», número 291; Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, 2008.

Considerando que el juego combinado de los artículos 25.1, 25.2 suponen la materialización de un sistema legal de determinación de competencias de las entidades locales, Antonio FANLO LORAS, *La Administración Local, en Derecho Público Aragonés* (Dir. A. EMBID IRUJO), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005; Luis MORELL OCAÑA, *La organización y las formas de gestión de los servicios públicos en los últimos cincuenta años*, «Revista de Administra-

ción Pública», número 150; Julia ORTEGA BERNARDO, *Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios*, «Revista de Administración Pública», número 57; José María SOUVIRÓN MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998.

Distinguiendo entre «actividades configuradas como servicio público» y «actividades de servicio público», José María GIMENO FELIÚ, *La iniciativa económica. La acción de fomento: Los Consorcios*, en «Estudio sistemático de la Ley de Administración Local de Aragón» (Dir. A. FANLO LORAS), Cortes de Aragón. Zaragoza, 2001.

Defendiendo una concepción subjetiva y funcional de servicio público, Elisenda MALARET GARCÍA, *Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los ciudadanos, Perennidad de las necesidades. Transformación del contexto*, «Revista Administración Pública», número 145.

Interpretando los contratos de gestión de servicios públicos como una subespecie de los contratos de concesión de servicios, concibiendo la «publicatio» como titularidad y no mera competencia, M.A BERNAL BLAY, *La gestión contractual de los servicios públicos*, en prensa.

Sobre la conveniencia de interpretar el nuevo artículo 85.2, A,d) de conformidad con la jurisprudencia comunitaria sobre los contratos domésticos, Miguel Angel BERNAL BLAY, *La problemática relativa a los contratos excluidos de la aplicación de la ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local*.

Una buena reflexión sobre la relación entre las sociedades mercantiles locales en la nueva redacción del artículo 85.2 LBRL, y la contratación doméstica, Rodrigo J. ORTEGA MONTORO, *La contratación de las entidades locales*, op. cit.

Una visión crítica de la STJCE de 19 de abril de 2007, TRAGSA, por considerar que no concurren las condiciones de existencia de control efectivo puede verse en Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Revista de Administración Pública», número 173.

Sobre la consideración contractual de los denominados servicios atinentes a las personas, Marcos VAQUER CABALLERÍA, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del estado social de derecho)*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2002.

Sobre la utilización de fórmulas contractuales para la gestión de los servicios sociales, Francisco José VILLAR ROJAS, *Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante convenios y conciertos*, «Documentación Administrativa», números 271-271, pp. 389-412.

**EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE  
CONTRATACIÓN Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA  
LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS  
DEL SECTOR PÚBLICO, A LA VISTA DE LA  
DIRECTIVA 2007/66/CE, POR LA QUE SE MODIFICA  
LA DIRECTIVA 89/665/CEE**

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

*SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.— II. EL SISTEMA DE GARANTÍAS PREVISTO EN LA DIRECTIVA DE «RECURSOS» 89/665/CEE TRAS LA DIRECTIVA 2007/66/CE POR LA QUE SE MODIFICA AQUELLA: BREVE REFERENCIA: 1. La Directiva 89/665/CEE tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE: Comentario general de su contenido: A) El ámbito de aplicación de la Directiva 89/665/CEE. B) Organismos responsables de los procedimientos de recurso. C) El procedimiento de recurso en la Directiva 89/665/CEE, tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE: a) Artículos 2 bis a 2 septies de la Directiva 2007/66/CE.— III. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP): 1. Punto de partida. 2. La Ley de Contratos del Sector Público de 2007: recurso administrativo especial en materia de contratos (artículo 37 LCSP) y el régimen de medidas provisionales (artículo 38 LCSP): A) El recurso administrativo especial en materia de contratación (artículo 37 LCSP). B) El régimen de medidas cautelares provisionales en materia de contratos (artículo 38 LCSP).— IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA FALTA DE MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LA NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO «URGENTE» EN MATERIA DE CONTRATOS.— V. A MODO DE COCLUSIÓN*

*RESUMEN:* La Ley de Contratos del Sector Público introduce una nueva modalidad de recurso en vía administrativa específica para el ámbito de la contratación, así como prevé también la adopción de medidas provisionales, a los efectos de dar respuesta a las obligaciones derivadas de la normativa comunitaria de la contratación. Sin embargo, la regulación prevista es solo parcialmente positiva, el sistema sigue siendo ineficaz, no se arbitra un procedimiento de vigencia para adoptar medidas independientes de la interposición del recurso y se va a potenciar la dualidad jurisdiccional.

*Palabras clave:* recurso administrativo especial en materia de contratación; medidas cautelares provisionales; Directiva de contratos públicos; contencioso precontractual.

*ABSTRACT:* The Public Sector Contracts Act introduces a new administrative procedure for appeal in the area of contracting, and also foresees the adoption of provisional measures, in order to respond to the obligations arising from the EU regulations on contracts. However, the legislation is only partially positive. The system continues to be inefficient; it fails to provide an emergency procedure for adopting independent cautionary measures, and it adds to the problem of the existence of two parallel jurisdictions.

*Key words:* special administrative appeal; provisional cautionary measures; public contracts Directive; pre-contractual dispute.

## **I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS**

Haciéndose eco de lo que recogen las Directivas de recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE, desde hace ya unos años el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene declarando la necesidad de que se establezca un sistema de recursos *ad hoc* en el campo de la contratación tal y como manifestó en su Sentencia de 28 de octubre de 1999 (Alcatel) al afirmar que la Directiva «recursos» de 1989 «debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración del contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato». Añadiendo que el texto de la Directiva «no puede interpretarse en el sentido de que, no obstante la inexistencia de recurso de anulación contra una decisión de adjudicación de un contrato público, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos están facultados para conocer de recursos en las condiciones enunciadas en esta disposición». Es decir, no basta con la aplicación de los recursos ordinarios que los Estados tengan establecidos para el resto de la actividad administrativa, sino que es preciso que diseñen un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública.

En la actualidad, la Directiva 2004/18/CE, como lo hicieron también sus predecesoras, tiene entre sus objetivos el hacer efectivas en este sector de los contratos públicos la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, garantizando a los operadores



económicos el derecho a participar en absoluta igualdad de condiciones y con total transparencia en las licitaciones públicas que impulsen los poderes adjudicadores de los distintos Estados miembros.

La exigencia de alcanzar tal resultado ha comportado la aprobación de una normativa que vaya más allá de la mera prohibición de las discriminaciones por razón de nacionalidad, para extenderse a todos los aspectos que, de alguna manera, pueden dar lugar a una diferenciación en las condiciones, tanto de acceso a la contratación, como de participación en su desarrollo. A este respecto, a través de la referida Directiva y en consonancia con la jurisprudencia comunitaria, se pretende garantizar, en particular, la igualdad de trato entre los participantes en una licitación y la transparencia de esta última en todas las fases del procedimiento de adjudicación, imponiendo incluso —a través de la Directiva 89/665/CEE— la obligación de los Estados miembros de establecer a *escala nacional* los medios de recurso oportunos para hacer efectivo el respeto de dichos principios y libertades. Hoy, debe subrayarse que la efectividad de la aplicación de estos principios se impone en la contratación, además de derivarse del propio Tratado, en que la propia Directiva los introduce y son su fundamento.

Así, las Directivas «procesales» en materia de contratos, la 89/665 y la 92/13, las grandes desconocidas del mundo de la contratación, y auténtica revolución jurídica (1), tienen como objetivo hacer efectiva la apertura de la contratación a la concurrencia, puesto que para que el sistema de contratación funcione es necesario que exista un sistema eficaz de garantías, si no queremos que, como señaló PIÑAR MAÑAS, entre otros, «la normativa comunitaria que tan trabajosamente se ha elaborado y todavía está elaborándose, corra el riesgo de no servir para apenas nada» (2). Recordemos que el punto de partida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la efectividad de la protección, y así lo ha manifestado en numerosas ocasiones, como en la Sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03) cuando afirma:

«Las disposiciones de las Directivas 89/665 y 92/13, destinadas a proteger a los licitadores contra la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen por objeto reforzar los actuales mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular, *en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse*».

---

(1) RUIZ DE CASTAÑEDA, A., «La contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y telecomunicaciones», en Libro col. *Contratos de las Administraciones Públicas*, Abella, Madrid, 2000, p. 1028; GIMENO FELLU, J.M., *El control de la contratación pública*, Civitas, Madrid, 1995; IDEM, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de Contratos públicos y propuesta de reforma*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

La exigencia de alcanzar aquella finalidad ha comportado, como venimos señalando, la aprobación de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, así como de la nueva Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifican aquéllas en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos cuyo plazo de transposición acaba el 20 de diciembre de 2009, objeto de nuestra atención en las siguientes páginas, a los efectos de contrastar la regulación comunitaria con las previsiones que hoy se contienen en la recientemente publicada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) (artículos 37 y 38), y cuya entrada en vigor ha tenido lugar en mayo de 2008; así como también en lo previsto en nuestras leyes procesales y procedimentales, para comprobar si se ajustan al contenido de la normativa comunitaria o si, por el contrario, nos encontramos por debajo del estándar de este derecho, como vino a confirmar la STJUE de 15 de mayo de 2003, respecto del Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000 (3) en lo relativo a la necesaria extensión de la aplicación de la normativa de contratos, en ciertos casos, a las entidades de derecho privado y la insuficiencia del sistema de tutela cautelar contencioso-administrativa.

Condena que se ha reiterado para España con la reciente Sentencia del TJUE de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/86), al entender que el TRLC de 2000 contradecía la D. 89/665 «al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación a todos los licitadores».

En suma, por tanto, al referirnos al ordenamiento jurídico-administrativo español nos centraremos exclusivamente en el sistema de recursos previstos para dirimir los conflictos derivados de la contratación en los sectores «tradicionales» recogidos en la Ley de contratos del sector público —y no en los «sectores excluidos», puesto que excedería de los límites de este trabajo—; abordando, también, la tutela cautelar contractual (artículo 38 LCSP) (4).

---

(2) PIÑAR MAÑAS, J.L., «El derecho comunitario como marco de referencia del Derecho de los contratos públicos», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Dir. R. Gómez-Ferrer), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 63-69; MORENO MOLINA, J.A., «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos», RAP nº 151 (2000), pp. 331-332.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de Medidas cautelares contencioso-administrativas», REDA nº 119 (2003); FUERTES BENACHES, M., «¿Incumple el Derecho español la Directiva de recursos?», *Unión Europea*, agosto-septiembre, 2003.

(4) GONZÁLEZ PÉREZ, J., «El sistema de recursos en los procedimientos de contratación en los sectores excluidos», en *Regulación sectorial y competencia*, Edit. Civitas, Madrid, 1999, pp. 297-316.

## **II. EL SISTEMA DE GARANTÍAS PREVISTO EN LA DIRECTIVA DE «RECURSOS» 89/665/CEE TRAS LA DIRECTIVA 2007/66/CE POR LA QUE SE MODIFICA AQUELLA: BREVE REFERENCIA**

### **1. La Directiva 89/665/CEE tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE: Comentario general de su contenido**

Como se sabe, en su momento fue promulgada 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 obras; cuyas reglas son también aplicables a los contratos de servicios por expresa previsión del artículo 41 de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, relativa a tales contratos. Pues bien, esta breve (sólo seis preceptos) pero sustanciosa Directiva, supuso el que por vez primera el Derecho comunitario se introdujera en las legislaciones nacionales de carácter procesal de cada Estado miembro, con el objeto de que las garantías jurídicas fuesen uniformes en todo el territorio de la entonces Comunidad Europea, habida cuenta la disparidad e insuficiencia de los sistemas nacionales de control (5). Cuestión sobre la que ha insistido el TJUE en su Sentencia de 18 de junio de 2002, Asunto C-92/00 (apartado número 66) (*Hospital Ingenieure Krankenjaustechnik Planugs*).

Así, tal Directiva, con el propósito de que existiesen medios de control efectivos de la adjudicación de contratos públicos, pone de relieve la necesidad de: a) un sistema de recursos rápido y eficaz; b) potenciar un sistema efectivo de medidas cautelares; y c) establecer un régimen de indemnización de daños y perjuicios, producidos como consecuencia de la indebida adjudicación (6). Con el conjunto de estas tres medidas, pretende la armonización de las garantías jurídicas de los Estados miembros en materia de contratos públicos, que se regula en sus artículos 1 y 2, siendo su plazo máximo de transposición el 21 de diciembre de 1991 (artículo 5 Directiva 89/665), y que España incumplió claramente, resultando concluyente la STJUE de 15 de mayo de 2003, Comisión C. España, C-214/2000, donde, entre otras cuestiones que irán surgiendo a lo largo de esta exposición, se señala con toda rotundidad que el ámbito de aplicación personal coincide necesariamente con el de las Directivas 92/50, 93/36, 93/37, hoy obviamente referido a la Directiva 2004/18.

---

(5) SAMANIEGO BORDIU, G., «El control del Derecho Comunitario de los contratos públicos», RAP nº 123, 1989, p. 402; GIMENO FELIÚ, J.M., *El control de la contratación pública (...)*, op. cit., p. 59.

(6) Extremos los indicados *supra*, que tienen reflejo en el artículo de la Directiva 89/665/CEE, en concreto, artículos 1.1 y 2.1.

Si bien la Comisión ha contrastado cómo los mecanismos contemplados en la Directiva 89/665/CEE, y también la 92/13/CEE, no siempre permiten velar por el cumplimiento de las disposiciones comunitarias, en particular en una etapa en la que aún podrían corregirse las infracciones. Así pues, para la Comisión, el problema central es la ausencia de un plazo entre la decisión de adjudicación de un contrato y su celebración, plazo dentro del cual podría interponerse un recurso eficaz, cuya resolución tendría lugar antes de que se produjera la perfección del contrato impugnado. Problema el aquí denunciado, que se aborda en la reciente Sentencia de 3 de abril de 2008 Asunto C 444/06 (Comisión contra Reino de España) y que ha tratado de resolverse en la actual Directiva 2007/66/CE por la que se modifican las Directivas 89/665 y 92/13, a la que en páginas siguientes nos referiremos, debiendo, previamente, abordar el ámbito de la aplicación de la Directiva 89/665, así como los organismos responsables de los procedimientos de recurso para, finalmente, referirnos a éstos a la vista de la reforma introducida por la Directiva 2007/66/CE, sobre la cual ha dictaminado el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en fecha 14 de noviembre de 2006, apuntando que las dos principales propuestas de la nueva Directiva de recursos son:

De una parte, la introducción de un plazo suspensivo de diez días entre la decisión de adjudicar un contrato y la conclusión de la adjudicación. Y de otra, la eliminación de los procedimientos de certificación y conciliación. Destacándose que la nueva directiva se basa en una evaluación de impacto detallada, que denota dos problemas principales: la falta de recursos efectivos contra las adjudicaciones ilegales, y la «pronta firma» de los contratos públicos.

### **A) El ámbito de aplicación de la Directiva 89/665/CEE**

El artículo 1.1 de la Directiva 89/665/CEE en la versión de la Directiva 2007/66/CE, y bajo la rúbrica «ámbito de aplicación y procedimientos de recurso», se refiere tanto a su ámbito de aplicación subjetivo como material, al disponer: «En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo —(contratos públicos de suministros, obras y servicios, acuerdos marco, concesiones de obras públicas, sistemas dinámicos de adquisición)—, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa».

Por tanto, las decisiones de las entidades adjudicadoras deben poder ser objeto de recurso de manera eficaz y rápida. Y si bien no define la Directiva 89/665/CEE el concepto de «entidades adjudicadoras», resulta claro que su *ámbito de aplicación personal o subjetivo* coincide, necesariamente, con el de la Directiva 2004/18, tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00.

En cuanto al ámbito de aplicación material de la Directiva 89/665/CEE, el ya reiterado apartado 1 del artículo 1 de esta norma comunitaria estipula la obligación de los Estados miembros de establecer procedimientos que permitan recurrir contra las decisiones adoptadas en un procedimiento de adjudicación, en la medida en que tales decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas jurídicas por las que se adapta su ordenamiento interno a este Derecho Comunitario (7). Luego, se trata de determinar qué actos son susceptibles de recurso, y al hablar la Directiva de «decisiones», podría, en un principio, pensarse que se restringe a los actos resolutorios, pero no, estimamos que se incluyen también los actos de trámite que bajo la apariencia de actos procedimentales no resolutorios del fondo del asunto, de hecho vienen a decidirlo, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Por tanto, una concepción amplia del término «decisión», tal como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias de 18 de junio de 2002, Asunto C-92/00, y de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00.

En cuanto a la *legitimación activa*, el apartado 3 del artículo 1 de la nueva versión de la Directiva 89/665/CEE, a propósito de la nueva Direc-

---

(7) Por lo que se refiere a estos recursos, se desprende de la mencionada disposición (el artículo 1.1. de la Directiva 89/665/CEE) que éstos tienen por objeto las decisiones adoptadas por el órgano de contratación cuando éstas han infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales que adoptan este Derecho, «*sin que dicha disposición prevea una restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de estas decisiones*» (apartado nº 35 de la Sentencia de 28 de octubre de 1999, Asunto C-81/98, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Sexta; ratificando, nuevamente, esta apreciación el mismo Tribunal en Sentencia de 19 de junio de 2003, Asunto C-315/01, apartado 52). Es más, este mismo Tribunal, pero en su Sentencia de 23 de enero de 2003, Asunto C-75/01, señaló que «aún a falta, en las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, de disposiciones específicamente aplicables, los principios generales del Derecho comunitario, y en particular, el principio de igualdad de trato, rigen igualmente los procedimientos de licitación de contratos públicos (véanse las Sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. P. 1-10745, apartado 60, y HI, antes citada, apartado 47)»; en la medida en que se considerase que estos principios eran aplicables a una decisión adoptada en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dicha decisión estaría, asimismo, comprendida en el ámbito de las normas establecidas en la Directiva 89/665/CEE con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

tiva, establece que «los Estados miembros velarán para que, con arreglo a las modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que 1) tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y 2) que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción» (STJUE 14 de junio de 2003, Asunto C-249/01).

Asimismo, los Estados miembros podrán exigir que quien desee recurrir informe previamente al «poder adjudicador», por fax o medio electrónico, de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso, siempre que ello no afecte al plazo suspensivo a que se refiere el artículo 2 *bis*.2 ni a cualesquiera otros plazos de interposición de recurso conforme al artículo 2 *quater*.

La novedad reside (8) en que se añade que, en este caso, las normas internas no podrán condicionar la interposición del recurso al transcurso de un plazo mínimo desde la notificación de la intención de recurrir, de modo que de forma inmediata se pueda llegar a la instancia que debe resolver. La carga de notificar la voluntad de recurrir no puede retrasar el acceso a la vía del recurso.

En este apartado, la aportación más importante de la Directiva consiste en establecer la regla según la cual si se impone la obligación de interponer primero un recurso ante el poder adjudicador, y que parece ser la opción elegida por el legislador español, según se desprende del artículo 37.4 de la Ley 30/2007, de Contratos del sector público; en este caso, este recurso administrativo conlleva la suspensión inmediata de la posibilidad de proceder a la celebración del contrato. Esta suspensión se mantendrá hasta, como mínimo, diez días laborables a partir del día siguiente a aquél en que el poder adjudicador envió respuesta por fax o por medio electrónico o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire, al menos quince días civiles a partir de aquél en que el poder adjudicador envió respuesta o, de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de una respuesta.

---

(8) TORNOS MAS, J., «Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones Públicas», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, nº 59 (2006). Asimismo, LÓPEZ CONTRERAS y MESTRE DELGADO, J.F., *Contratos públicos: Análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra del Centro PWC de IE del Sector Público, Madrid, 2006, p. 158; BERASATEGUI, J., «El control administrativo independiente de la contratación pública», en *Diario La Ley*, nº 6650, 13 de febrero de 2007, p. 4.

## B) Organismos responsables de los procedimientos de recurso

En cuanto a los organismos responsables de los procedimientos de recurso, resulta destacable que la Directiva 89/665/CEE permite a cada Estado organizar el sistema de garantía sobre la base de tres instancias: una, ante el propio poder adjudicador, otra, frente a un organismo que puede ser administrativo y, una tercera, que debe substanciar ante un organismo jurisdiccional, siendo esta última, la única que la Directiva considera garantiza verdaderamente a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones (GIMENO) (9), pero en todo caso, corresponde al derecho interno de cada Estado miembro designar el correspondiente órgano competente.

En consecuencia, a la vista del artículo 2.9, primer párrafo de la Directiva 89/665/CEE, para la organización del sistema de control de los contratos públicos, el legislador comunitario concede a los Estados miembros la posibilidad de optar entre dos alternativas:

1. La primera, atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional (10).
2. La segunda, atribuida a organismos que no posean naturaleza jurisdiccional, cuyas resoluciones pueden ser objeto de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, el cual, para garantizar que el

---

(9) GIMENO FELLÜ, J.M., *La nueva contratación (...), op. cit.*, pp. 254-255, en nota nº 8, a pie de página, señala: «Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por el contrario, esta Directiva parece considerar a la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJCE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJCE de 4 de febrero de 1999, al afirmar que los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 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, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del Tiroler Landesvergabebant (organismo de control) al no darse la nota de independencia.

(10) Para apreciar si el organismo posee carácter de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 del Tratado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene en cuenta un conjunto de elementos como son: el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. (Véanse, asimismo, la Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23, y las Sentencias de 30 de junio de 1966, Basen-Göbbels, 61/65, Rec. p. 377; de 11 de junio de 1987, Pretore di Salo/X, 14/86, Rec. p. 2545, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, Danfoss, 109/88, Rec. p. 3199, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, C-393/92, Rec. p. I-1477, apartado 21; y de 19 de octubre de 1995, Job Centre, C-111/94, Rec. p. I-3361, apartado 9).

recurso sea adecuado, deberá cumplir los requisitos recogidos en el artículo 2.9, párrafo segundo, de la Directiva 89/665/CEE, en su versión de la Directiva 2007/66/CE (11).

Asimismo, el «poder adjudicador», en el anuncio de licitación, deberá indicar «el nombre y dirección del órgano competente para los procedimientos de recurso, y en su caso, de mediación. Indicación del plazo de presentación de recursos o, en su caso, nombre, dirección, números de teléfono y de telefax y dirección electrónica del servicio al que se puede dar esta información (Anexo VIII, A, Información que debe figurar en los anuncios de contratos públicos, apartado 24 del epígrafe «Anuncio de licitación de la Directiva 2004/18/CEE) (12).

### **C) El procedimiento de recurso en la Directiva 89/665/CEE, tras su modificación por la Directiva 2007/66/CE**

Como sabemos, la Directiva 89/665/CEE centra especialmente su atención en cuatro órdenes de medida que, como indica PIÑAR MAÑAS (13), más bien se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de la previsión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de las primeras. Así, en la mencionada Directiva, también en su versión modificada, se recoge: el establecimiento de las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible (...) —artículo 1 párrafo 3—; la previsión de «medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados» —artículo 2.1.a)—; y posible actuación de oficio de la Comisión en caso de infracción clara y manifiesta de la normativa sobre apertura de contratos —artículo 3—.

---

(11) Este segundo párrafo del artículo 2.9 de la Directiva estipula las bases de las características del nombramiento y duración del mandato de los miembros de este organismo independiente, su cualificación, naturaleza del procedimiento y el efecto de sus decisiones: «el nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de esta instancia independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes».

(12) FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*, Edit. Bosch, Barcelona, 2005, p. 278.

(13) PIÑAR MAÑAS, J.L., *El derecho comunitario (...)*, op. cit., p. 43-44; Asimismo, GIMENO FELÚ, J.M., *La nueva (...)*, op. cit., p. 254.



El artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE, en su apartado primero, hoy vigente, establece que los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios para:

a) Adoptar «*lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por el poder adjudicador*» (14). Respecto a la suspensión, la nueva Directiva 2007/66/CE, mantiene el criterio según el cual los procedimientos de recurso no deberán tener, necesariamente, efectos suspensivos automáticos, pero sí lo impone ese efecto suspensivo, en los supuestos previstos en el artículo 2.3 y en el artículo 1.5 de la referida Directiva 2007/66/CE; esto es, cuando el Estado miembro exija que la persona interesada interponga, en primer lugar, recurso ante el poder adjudicador (artículo 1.5), o cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a la decisión de adjudicación (artículo 2.3).

En el mencionado artículo 2.3 de la nueva Directiva, se establece, de hecho, una *regla suspensiva automática* en el procedimiento de perfección del contrato, ya que dispone que cuando se someta a un órgano de primera instancia independiente del poder adjudicador un recurso referente a la decisión de adjudicación del contrato, los Estados miembros garantizarán que el poder adjudicador no pueda celebrar el contrato hasta que el órgano que examine el recurso haya tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisio-

---

(14) La imposición que establece la Directiva a los Estados miembros sobre la obligación de éstos de habilitar a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso para que adopten, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales, no significa que estas medidas no tengan carácter autónomo; es decir, las medidas no pueden considerarse accesorias de un recurso sobre el fondo de asunto, sino que constituyen medidas que deben poder adoptarse y ser solicitadas de manera autónoma. Así pues, debe ser posible solicitar y, por tanto, obtener medidas provisionales en relación con cualquier decisión ilegal adoptada por una entidad adjudicadora antes de la interposición de un recurso sobre el fondo contra esa decisión; o dicho de otra forma: la norma interna de un Estado miembro que supeditara la solicitud de una medida provisional y, por tanto, su adopción a la previa o simultáneamente a la interposición de un recurso, no cumplirá con la exigencia prevista en la Directiva sobre recursos, pues el régimen previsto en esta concreta norma comunitaria se impone de acuerdo con el principio *lex specialis derogat generali*. A este aspecto, se puede señalar, del Tribunal de Justicia, Sala Sexta, la Sentencia de 15 de mayo de 2003, Asunto C-214/00.

Por otro lado, sobre la posibilidad o no de poder solicitar y, por tanto, obtener en un mismo supuesto más de una medida provisional, la Directiva no lo prohíbe expresamente, sino todo lo contrario, especialmente al utilizar el plural cuando prevé, en su artículo 1. letra a), que se podrán adoptar «(...) medidas provisionales (...)».

nales o sobre el fondo del recurso. La suspensión no finalizará antes de que expiren los plazos previstos en el artículo 2 *bis* 2 y artículo 2 *quinquies*, apartados 4 y 5 de la Directiva 2007/66/CE.

b) «*Para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión*» [artículo 2.1.b) Directiva 89/665]. Como indicamos más atrás, no se limita en esta Directiva el alcance del concepto de «decisión», y asimismo, se desprende de la misma que: «los recursos tienen por objeto las decisiones adoptadas por los órganos de contratación cuando aquéllas hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales que adoptan este Derecho (STJUE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-81/98).

c) *La concesión de una «indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción»* [artículo 2.1. letra c) de la Directiva 89/665/CEE]. En este caso, el artículo 2, apartado 6 de la Directiva 89/665 dispone que los Estados miembros podrían establecer que, cuando se reclame una indemnización por daños y perjuicios porque la decisión se adoptó de forma ilegal, la decisión cuestionada deba ser anulada en primer término por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto (STJUE 18 de junio de 2002, Asunto C-92/00).

Además, excepto en el caso de que la decisión deba anularse antes de conceder la indemnización por daños y perjuicios, el apartado 7 del artículo 2, recogido en la nueva Directiva dispone que «los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato, de conformidad con el artículo 1.5, artículo 2.3 y artículos 2 *bis* a 2 *septies*, las facultades del órgano responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción».

A la vista de lo indicado, la Directiva Recursos 89/665, antes y también en su nueva versión, ofrece una diferenciación entre la *fase anterior* a la celebración del contrato, en la que es aplicable el artículo 2.1, y la *fase posterior* a su celebración, en la que los poderes de la instancia responsable de los procedimientos de recurso se limiten a la concesión de una indemnización. Ahora bien, tal posibilidad y, en consecuencia, mantener los efectos del contrato celebrado con infracción de la Directiva reguladora de estos contratos —protegiendo, de este modo, la confianza legítima de las partes contratantes—, no puede, sin reducir el alcance de las disposiciones del Tratado por las que se establece el mercado interior, tener como consecuencia que el comportamiento de la entidad adjudicadora con respecto a los terce-

ros deba considerarse ajustado al Derecho comunitario con posterioridad a la celebración de tales contratos (Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Sentencia de 10 de abril de 2003, Asuntos acumulados C-20/01 y C-28/01, apartados 38 y 39).

En cualquier caso, y de acuerdo con la STJUE de 28 de octubre de 1999, Asunto C-81/98, consideramos que el artículo 2.1.a) y b) en relación con el artículo 2.6.párrafo 2, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato. Conclusión que se confirma en la STJUE de 3 de abril de 2008 (Asunto C 444/06, Comisión contra España).

Vistas las medidas posibles a adoptar en un procedimiento de recurso, establecidas por la Directiva 89/665/CEE, resulta de interés referirnos a aquellos puntos de la Directiva 2007/66/CE que recogen la preocupación de la Comisión por garantizar un recurso eficaz que se interponga cuando aún pueda ser efectivo, cuando el contrato aún no se ha perfeccionado; que se dé un plazo razonable para recurrir, y que contemplan ciertas reglas de procedimiento en caso de adjudicaciones directas sin someterse a las reglas de publicidad y licitación, así como la sanción prevista por incumplimiento de las nuevas reglas. Pasemos, por tanto, a tratar cada una de ellas tal como se recogen en los arts. 2 *bis* a 2 *septies* de la Directiva 2007/66/CEE.

#### **a) Artículos 2 bis a 2 septies de la Directiva 2007/66/CE**

##### **– Los artículos 2 bis y ter. Garantía de que el recurso se interpondrá cuando aún pueda ser efectivo (15).**

La principal preocupación de la Comisión está centrada en la ineficacia real de los recursos que se interponen una vez el contrato ya ha sido firmado. Es decir, de nada sirve imponer una suspensión, incluso obligatoria, si cuando se interpone el recurso y se pide la suspensión, el contrato ya se ha perfeccionado e iniciado la ejecución. El recurso precontractual debe poder interponerse y resolverse antes de que se llegue a perfeccionar el contrato.

El artículo 2 *bis*, apartado segundo, establece una regla general sobre el procedimiento de perfección de los contratos según la cual la celebración de

---

(15) TORNOS MAS, J., *Novedades (...), op. cit.*, p. 47.

un contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquél en que se haya remitido, por fax o medio electrónico, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o si se han empleado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de, al menos, quince días civiles a partir del día siguiente a aquél en que se haya remitido la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados o, de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato.

De esta forma, se impone una regla relativa a la perfección de los contratos, exigiendo que entre la adjudicación y la firma o perfección del contrato exista, en todo caso, un plazo de diez días, o quince, según el medio de notificación empleado, a contar desde que se notificó a todas las partes interesadas la adjudicación.

Además, se establece que la notificación de la adjudicación deberá ir acompañada de una exposición resumida de las razones pertinentes contempladas en el artículo 41.2 de la Directiva 2004/18/CE (16), a reserva del artículo 41.3 de tal Directiva, y además, debe hacerse una indicación precisa del plazo suspensivo aplicable con arreglo a las disposiciones del Derecho interno (artículo 2 *bis.2 in fine*). Dentro de este plazo podrá interponerse el recurso, cuyo objeto será la adjudicación, no un contrato ya perfeccionado. Además, el recurrente conocerá los motivos en los que se fundamenta la adjudicación que trata de impugnar.

Los Estados miembros podrán disponer que los plazos suspensivos contemplados en el artículo 2 *bis.2* de la Directiva 2007/66/CE entre adjudicación y firma no se apliquen en los casos del artículo 2 *ter* de la misma, esto es:

- a) «si la Directiva 2004/18/CE no exige la publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea;
- b) si el único licitador afectado en el sentido del artículo 2 *bis*, apartado 2, de la presente Directiva, es aquél al que se ha adjudicado el contrato y no haya candidatos afectados;

---

(16) El artículo 41, apartado segundo, de la Directiva establece que «el poder adjudicador comunicará cuanto antes —a todos los candidatos descartados, las razones por las que se haya desestimado su candidatura; —a todos los licitadores descartados, las razones por las que se haya desestimado su oferta, incluidos en los casos contemplados en los apartados 4 y 5 del artículo 23, los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las obras, suministros o servicios no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas; —a todo licitador que haya hecho una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco».

- c) cuando se trate de un contrato basado en un acuerdo marco a tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE, y cuando se trate de un contrato específico basado en un sistema dinámico de adquisición a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de dicha Directiva.

Si se alega la presente excepción, los Estados miembros garantizarán que el contrato quede sin efectos con arreglo a los artículos 2 *quinquies* y 2 *septies* de la presente Directiva si:

- se infringe el artículo 32, apartado 4, segundo párrafo, segundo guión, o el artículo 35, apartados 5 ó 6, de la Directiva 2004/18/CE, y
- se estima que el valor del contrato es igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE».

**— El artículo 2 *quáter*. Plazos para la interposición de un recurso**

La garantía del recurso puede quedar, también, disminuida si la norma interna establece unos plazos de recurso muy breves. Por ello, el artículo 2 *quáter* establece que, en todo caso, el plazo no podrá ser inferior a diez días, a contar a partir del día siguiente a aquél en que fue comunicada por fax o por medio electrónico la decisión de adjudicar el contrato al licitador o candidato interesado, o si se han utilizado otros medios, de al menos quince días civiles. Esta comunicación también deberá ir acompañada de la motivación pertinente.

En el caso de recursos interpuestos contra decisiones del artículo 2.1.b) de la Directiva 2007/66/CE, que no estén sujetos a notificación específica, el plazo será de al menos 10 días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión.

**— El artículo 2 *quinquies*. Ineficacia del contrato**

Asimismo, «1. Los Estados miembros garantizarán que un órgano de recurso independiente del poder adjudicador declare la ineficacia del contrato, o que la ineficacia del contrato dimanase de una decisión de dicho órgano en los siguientes casos:

- a) si el poder adjudicador ha adjudicado un contrato sin publicar previamente un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea siendo esta publicación obligatoria de conformidad con la Directiva 2004/18/CE;
- b) en caso de infracción del artículo 1, apartado 5, del artículo 2, apartado 3 o del artículo 2 *bis*, apartado 2, de la presente Directiva, si dicha infracción privó al licitador que interpuso recurso de la posibilidad de ejercitar recursos precontractuales, cuando dicha infracción esté combinada con una infracción de la Directiva 2004/18/CE, si

esta infracción afectó a las posibilidades del licitador que interpuso recurso de obtener el contrato.

- c) en los supuestos mencionados en el artículo 2 *ter*, letra c), párrafo segundo, de la presente Directiva, si los Estados miembros se han acogido a la excepción del plazo suspensivo para contratos basados en un acuerdo marco y un sistema dinámico de adquisición.

2. Las consecuencias de la ineficacia de un contrato serán las previstas en la legislación nacional.

La legislación nacional podrá establecer la anulación con efectos retroactivos de todas las obligaciones contractuales o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones que estén aún por ejecutar. En este último supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen otras sanciones en el sentido del artículo 2 *sexies*, apartado 2, esto es, por ejemplo, la imposición de multas al poder adjudicador.

3. Los Estados miembros podrán establecer que el órgano de recurso independiente del poder adjudicador no pueda declarar ineficaz un contrato, aunque haya sido adjudicado ilegalmente con arreglo a los motivos indicados en el apartado 1, si el órgano de recurso considera, tras haber examinado todos los aspectos pertinentes, que razones imperiosas de interés general exigen que se mantengan los efectos del contrato. En este supuesto, los Estados miembros dispondrán que se apliquen sanciones alternativas, en el sentido del artículo 2 *sexies*, apartado 2, en lugar de la ineficacia.

Sólo se considerará que los intereses económicos constituyen razones imperiosas a la hora de mantener la eficacia del contrato en los casos excepcionales en que la ineficacia del mismo diese lugar a consecuencias desproporcionadas.

Ahora bien, no se considerará que los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión constituyen razones imperiosas de interés general. Entre los intereses económicos directamente vinculados al contrato cabe mencionar, entre otros, los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, los costes derivados de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, los costes derivados del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato y los costes de las obligaciones jurídicas derivadas de la ineficacia.

4. Los Estados miembros establecerán que el apartado 1, letra a) del presente artículo, no sea de aplicación, esto es, que se declare la ineficacia del contrato, si:

- el poder adjudicador considera que la adjudicación de un contrato sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Ofi-

cial de la Unión Europea se puede admitir de conformidad con la Directiva 2004/18/CE,

- el poder adjudicador ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea un anuncio tal y como se describe en el artículo 3 *bis* de la presente Directiva, en el que manifieste su intención de celebrar el contrato, y si
- el contrato no se ha celebrado hasta transcurridos al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de publicación de dicho anuncio.

5. Los Estados miembros dispondrán que el apartado 1, letra c) del presente artículo, no sea de aplicación si:

- el poder adjudicador considera que la adjudicación de un contrato es conforme a lo dispuesto en el artículo 32, apartado 4, segundo párrafo, segundo guión, o en los apartados 5 y 6 del artículo 33 de la Directiva 2004/18/CE,
- la entidad contratante remitió a los licitadores afectados una decisión de adjudicación del contrato junto con la exposición resumida de las razones correspondientes según lo dispuesto en el artículo 2 *bis*, apartado 2, cuarto párrafo, primer guión, de la presente Directiva, y si
- el contrato no se ha celebrado hasta transcurridos al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de envío de la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados por fax o medios de comunicación, hasta transcurridos al menos quince días civiles a partir del día siguiente a la fecha de envío de la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores afectados, o al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión de adjudicación del contrato».

#### **— Artículo 2 *sexies*. Infracciones de la presente Directiva y sanciones alternativas**

«1. En caso de infracción del artículo 1, apartado 5, del artículo 2, apartado 3, o del artículo 2 *bis*, apartado 2, que no esté cubierta por el artículo 2 *quinqüies*, apartado 1, letra b), los Estados miembros dispondrán la ineficacia del contrato de conformidad con el artículo 2 *quinqüies*, apartados 1 a 3, o sanciones alternativas. Los Estados miembros podrán disponer que el órgano de recurso independiente del poder adjudicador decida, tras haber examinado todos los aspectos pertinentes, si el contrato ha de considerarse ineficaz o si han de aplicarse sanciones alternativas.

2. Las sanciones alternativas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Consistirán en:

- la imposición de multas al poder adjudicador, o
- la reducción de la duración del contrato.

Los Estados miembros podrán otorgar al órgano de recurso amplias facultades discrecionales para apreciar todos los factores pertinentes, entre ellos la gravedad de la infracción, el comportamiento del poder adjudicador y, en los casos a que se refiere el artículo 2 *quinquies*, apartado 2, la medida en que el contrato sigue vigente.

La concesión de una indemnización por daños y perjuicios no constituye una sanción adecuada a los efectos del presente apartado».

**— Artículo 2 septies. Plazos.**

«1. Los Estados miembros podrán disponer que la interposición de recurso de conformidad con el artículo 2 *quinquies*, apartado 1, deba realizarse:

a) antes de que transcurran como mínimo 30 días civiles a partir del día siguiente a la fecha en que:

- el poder adjudicador haya publicado el anuncio de adjudicación del contrato de conformidad con el artículo 35, apartado 4, y los artículos 36 y 37 de la Directiva 2004/18/CE, a condición de que este anuncio incluya la justificación de la decisión del poder adjudicador de adjudicar el contrato sin la publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, o
- el poder adjudicador haya informado a los licitadores y candidatos afectados de la celebración del contrato, siempre que dicha información contenga una exposición resumida de las razones pertinentes contempladas en el artículo 41, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41, apartado 3, de dicha Directiva. Esta opción también será aplicable a los casos mencionados en el artículo 2 *ter*, letra c), de la presente Directiva;

b) y en cualquier caso, antes de que transcurran como mínimo seis meses a partir del día siguiente a la fecha de celebración del contrato.

2. En todos los demás casos, incluidos los recursos contemplados en el artículo 2 *sexies*, apartado 1, los plazos para la interposición de recursos serán los que determine la legislación nacional, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 2 *quater*».

Descrito el sistema de control implantado por la Directiva 89/665/CEE en su nueva versión, centrémonos en nuestro ordenamiento administrativo.



### III. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATOS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP)

#### 1. Punto de partida

Cuando el legislador de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas traspuso las Directivas «sustantivas» de contratación pública entonces vigentes (93/36, 93/37, 92/50), no incorporó la Directiva de «recursos» 89/665, aduciendo, cómo recoge su Exposición de Motivos, de una parte, «porque la materia de recursos no constituye su objeto, es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas», lo cual hubiese llevado a reformar la Ley de la Jurisdicción de 1956, en ese punto también, algo que ni el Proyecto Belloch ni la finalmente Ley jurisdiccional de 1998 recogió; y, de otra parte, «porque nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales, se ajusta, ya, a su contenido». Afirmación esta última, admitida por parte de la doctrina (17), aunque también objeto de críticas desde hace algún tiempo por algunas voces (GARCÍA DE ENTERRÍA, GIMENO FELIÙ, BAÑO LEÓN, MESTRE DELGADO, NOGUERA DE LA MUELA, entre otros), y que, efectivamente, ha venido a confirmar la STJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España C-214/00, al condenar a nuestro país por no adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 89/665/CEE (arts. 1 y 2) (18),

(17) Así, PIÑAR MAÑAS, J.L., *El sistema (...)*, op. cit., p. 15 del primero; SAMANIEGO BORDIU, G. *El control del Derecho (...)*, op. cit., p. 401; MESTRE DELGADO, F. *El control de la adjudicación de los contratos públicos a través del Derecho Europeo: una nueva ordenación de las medidas cautelares*, en «Noticias CEE», nº 74 (1994), pp. 35 y ss.; GARCÍA DE COCA, I. *Comentario sobre la Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989 (89)665/CEE*, en «Castilla y León en Europa. Revista del Centro de Documentación Europeo», nº 23 (1990), pp. 29 y ss.; MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*, McGraw Hill, Madrid 1996, p. 206; MARTÍN RAZQUÍN, M. *Contratos públicos y Derecho Comunitario*, Pamplona 1996, p. 287; [este último autor formula alguna reserva: «nuestro ordenamiento no contempla de forma expresa un régimen de medidas cautelares eficaz ... el paso del tiempo impide en la práctica acudir a la suspensión sin que se causen graves perjuicios»].

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares. Derecho administrativo europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 417; con anterioridad denunció también la infracción del Derecho comunitario en «Observaciones sobre la tutela cautelar en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998», RAP nº 151 (2000), pp. 251 y ss; GIMENO FELIÙ, J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003; NOGUERA DE LA MUELA, B. «Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico español: Concepto del poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRILCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», RAAP, nº 53 (2004), pp. 41 y ss; BAÑO

provocando la regulación contenida en el artículo 60 bis TRLCAP sobre las medidas provisionales en «vía administrativa», y la Disposición adicional decimosexta TRLCAP (ambas derogadas) que se ocupaba de aplicar a las sociedades de ente público el régimen de recursos dispuesto para empresas privadas por la Ley 48/98 sobre procedimientos de contratación en los sectores excluidos, amén de la parca regulación de los artículos 60.1 y 9.3 del TRLCAP (19), hoy ya derogados.

A mayor abundamiento, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, únicamente señala en su artículo 2.b) las competencias de esta jurisdicción sobre «los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas», que por mor del artículo 21 de la LCSP, como tendremos ocasión de comprobar, se ha visto modificado.

Por lo que se refiere a la tutela cautelar precontractual en «vía judicial», ni el derogado TRLCAP ni su Reglamento de desarrollo se referían, ni tampoco lo hace la vigente LJCA de 1998; nos encontramos, por tanto, frente a una situación que evidencia, como ha señalado BAÑO LEÓN, que «los medios que nuestro Derecho ofrece al licitador en defensa de sus derechos a un procedimiento de selección transparente y justo, son paupérrimos, ineficaces para prevenir prácticas ilegales, cuando no corruptas y sólo parcialmente satisfactorios en las posibilidades indemnizatorias (20)».

Situación la aquí descrita, que quiere paliarse con lo previsto en los artículos 37 y 38 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. Veamos, por tanto, si efectivamente se consigue o no.

---

LEÓN, J.M., «Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa», en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1999, p. 269. Asimismo, TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., «El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación», RAP, nº 125 (1991).

(19) El artículo 60.1 disponía:

«1. Contra todos los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa, procederá el recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha jurisdicción».

Por su parte, el artículo 9.3 TRLCAP declaraba:

«3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción».

(20) BAÑO LEÓN, J.M., «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en *Comentarios a la LCAP* (Dir. R.Gómez-Ferrer), Civitas, Madrid, 2004, p. 330.

## **2. La Ley de Contratos del Sector Público de 2007: recurso administrativo especial en materia de contratos (artículo 37 LCSP) y el régimen de medidas provisionales (artículo 38 LCSP)**

### **A) El recurso administrativo especial en materia de contratación (artículo 37 LCSP)**

El texto del artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 es extenso, pero nos permitiremos transcribirlo con el propósito de facilitar las observaciones posteriores que sobre su contenido vamos a hacer. Así, reza:

*«1. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos.*

*No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.*

*2. Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos 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.*

*Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el párrafo anterior 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, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional.*

*3. El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores.*

4. Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. En este último caso, cuando la entidad contratante esté vinculada con más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, 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, atendiendo a la primeramente concedida.

5. Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso.

6. El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto impugnado. En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquél en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4.

La presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación, de dos días hábiles.

7. Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato. No obstante, si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición.

8. Interpuesto el recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso.

9. Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. En todo caso, transcurridos veinte días hábiles contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales 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, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4, segundo párrafo.

10. Contra la resolución del recurso solo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

De la letra de este extenso precepto, podemos extraer las siguientes consideraciones:

1º) Efectivamente, con esta regulación, se está dando cumplimiento a la exigencia comunitaria de contar con un recurso *ad hoc* en materia de contratación, pero a nuestro juicio, la primera duda que plantea la letra de la nueva Ley tiene que ver con su ámbito de aplicación. Con arreglo al artículo 37.1 LCSP «deberán» —por tanto, tiene carácter *obligatorio*— «ser objeto del recurso especial en materia de contratación», las decisiones recogidas en el artículo 37.2 «que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada», esto es, en todo caso, los contratos de colaboración entre el sector público y privado y, en cuanto a los contratos celebrados por entidades que tengan la condición de poder adjudicador y pertenezcan a alguna de las siguientes categorías: contratos de obras cuya cuantía sea igual o superior a 5.278.000 euros, y contratos de suministros o de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuya cuantía sea igual o superior a 137.000 euros, si la entidad adjudicadora es la Administración General del Estado, organismos autónomos o Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; o igual o superior a 211.000 euros para CCAA, Entidades Locales y resto de poderes adjudicadores. Igualmente, quedan también sujetos a la preceptiva interposición del recurso especial, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía superior a 211.000 euros, los contratos subvencionados y los contratos de gestión de servicios públicos que reúnan ciertos requisitos (presupuesto de gastos de primer establecimiento superior a 500.000 euros, y plazo de duración superior a cinco años), no extendiéndose a los restantes contratos del sector público, no por tanto a los contratos no sujetos a regulación armonizada, ni los procedimientos de adjudicación que siguen el trámite de emergencia (art. 97 LCSP). Distinción, por tanto, entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos, que como manifestó el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen 514/2006, «no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica (...)». Recordando que «aún cuando las exigencias de la Directiva de recursos queden cumplidas con aplicar estos mecanismos de garantía a los contratos sujetos a regulación armonizada (...), la finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz (...), y esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución (...) resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada».

Asimismo, la Comisión en su Comunicación interpretativa de 1 de agosto de 2006 aconsejaba la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato.

Por tanto, con la LCSP se va a dar una dualidad de procedimientos de recurso en vía administrativa y cuando estemos ante un contrato no sujeto a regulación armonizada y cuya entidad contratante sea una entidad del sector público que no sea ni Administración pública ni poder adjudicador, no cabrá el recurso administrativo previo y la competencia para conocer de la preparación, adjudicación, efectos y extinción será de la jurisdicción civil.

En suma, un recurso obligatorio, exclusivo y excluyente.

2º) En línea con lo señalado, nos encontramos con que conviven, de una parte, el recurso especial en materia de contratos y de otra, los recursos administrativos ordinarios previstos en la Ley 30/1992, para los actos separables de los contratos de las Administraciones Públicas no sujetos a regulación armonizada y aquellos otros actos, como es la adjudicación definitiva, que aunque se dicten en el procedimiento de adjudicación de un contrato armonizado, no son objeto del recurso especial por mor del artículo 37.2 LCSP.

Resulta, por consiguiente, que en virtud del referido artículo, este recurso especial se debe interponer contra determinados actos, esto es «los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que estos últimos 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» (21) (artículo 37.2 LCSP).

En relación a los actos susceptibles de recurso, quisiéramos destacar la referencia a la adjudicación provisional, pero no olvidemos que ésta no se da en todos los procedimientos de contratación. Asimismo, en cuanto a los actos de trámite no cualificados no susceptibles, por tanto, de este recurso, sólo podrá formularse contra ellos la correspondiente denuncia o queja, lo cual no satisface las exigencias de la Directiva, no pudiéndose impugnar en vía jurisdiccional, ante la no reacción del órgano competente (art. 37.2 párrafo segundo LCSP).

3º) En cuanto a la legitimación para interponer el recurso especial se establece que podrán las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o pueden resultar afectados por las decisiones objeto de recurso, y, en todo caso, los licitadores. Recogiéndose, por tanto, una legitimación activa amplia acorde con las previsiones de la Directiva 89/665/CEE.

---

(21) DEL SAZ, S., «La nueva Ley de Contratos del sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», RAP, 174 (2007), p. 365.

Al respecto, estimamos de gran interés la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2008, de 13 de octubre de 2008, que otorga el amparo promovido por Aquagest Levante, S.A., entendiendo que negar la legitimación de ésta por parte del TSJ de Valencia por el mero hecho de no tomar parte en el concurso que trató de recurrir cuando había sido titular de la concesión administrativa para el abastecimiento de agua potable en la localidad valenciana de Liria (concesión que el Ayuntamiento de este municipio dio por finalizada, convocando nuevo concurso), sin ponderar otras circunstancias, «debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción».

4º) Además, este recurso dice la LCSP, debe resolverse por «el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública» (artículo 37.4 LCSP), que sea, por ejemplo «poder adjudicador», en concreto, sociedad mercantil en mano pública [artículo 3.3.b) LCSP] o bien entidad pública empresarial (artículo 3.2 último párrafo, LCSP), de forma que en el supuesto de TRAGSA, el recurso especial en materia de contratación lo resolverá el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación (Disposición adicional trigésima, 9 LCSP).

A la vista de lo señalado y al margen del casuismo previsto en la Ley, el órgano que resuelve el recurso no tiene independencia alguna respecto al que adoptó el acuerdo infractor, e incluso en ocasiones puede coincidir, de forma que con tal regulación, difícilmente se está dando cumplimiento a las Directivas comunitarias de la contratación, en concreto, al artículo 2.8 de la Directiva 89/665, y al artículo 81 de la Directiva 2004/18, cuando insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que se sustancie ante una agencia independiente (22), ni tampoco se adecua a la Directiva 2007/66/CE por la que se modifican las Directivas 89/665 y 92/13 en lo relativo a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que está adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tuviere el carácter de Administración pública.

---

(22) Como pone de manifiesto GIMENO FELLÚ, J.M., *op. cit.*, p. 244, «(...) difícilmente puede considerarse que concurre la nota de independencia cuando resuelve el mismo órgano contratante lo que puede pervertir la finalidad de este mecanismo de control que puede devenir en carga u obstáculo procedimental, habida cuenta su carácter preclusivo».



En definitiva, el sistema es insuficiente, y debería haberse previsto un recurso ante un órgano independiente y, además, especializado, tal y como planteó GIMENO ya en 1995, proponiendo encomendarlo a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y que ha hecho suya la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen jurídico de Baleares, en su artículo 66, al contemplar un recurso especial en materia de contratación:

*«1. Contra los actos de los órganos de contratación podrá interponerse un recurso especial en materia de contratación. Este recurso, al cual resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en la legislación básica para el recurso de reposición, tendrá carácter potestativo, lo resolverá la Junta Consultiva de Contratación y substituirá, a todos los efectos, al recurso de reposición.*

*2. El recurso podrá interponerse ante el órgano de contratación o directamente ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Si el recurso se interpone ante el órgano de contratación, éste lo remitirá a la Junta en el plazo de diez días, con un informe jurídico y con una copia completa y ordenada del expediente de contratación. Si se interpone ante la Junta, ésta requerirá la remisión del expediente y el correspondiente informe al órgano de contratación.*

*3. La competencia de la Junta Consultiva para resolver comprende también la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, en su caso, la adopción de medidas cautelares.*

*4. Los acuerdos que adopte la Junta Consultiva serán vinculantes para el órgano de contratación que dictó el acto impugnado».*

Igualmente, conviene resaltar como la LCSP frente a la previsión contenida en el art. 13 de la Ley de Procedimiento Administrativo común de 1992, establece la posibilidad de delegar la competencia para contratar que comprende conjuntamente la de resolver el recurso especial en materia de contratos, salvo determinación expresa en contrario (art. 37.5 LCSP). Consagrándose así, una delegación tácita de competencias que, en el caso de acordarse la pertinente indemnización, supondrá elevar el expediente por el órgano delegado al órgano delegante, el cual resolverá el recurso sin necesidad de avocación previa y expresa.

5º) Asimismo, de otra parte, queremos traer a colación, y al margen del recurso especial en materia de contratos, la expresa previsión contenida en la Disposición Transitoria séptima, 1.b) (23) de la LCSP donde se establecía,

---

(23) «b) Los entes, organismos y entidades que sean poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 de esta Ley y no tengan el carácter de Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicarán las normas de dicha

en qué términos se aplicará el TRLCAP desde el 1 de noviembre de 2007 hasta el 30 de abril de 2008 respecto de entes, organismos y entidades, que sin ser Administración pública con arreglo al artículo 1 del TRLCAP, sean poder adjudicador conforme el artículo 3.3 LCSP. Pues bien, en cuanto a la mención concreta del «régimen de recursos y medidas cautelares» respecto de los contratos armonizados de poderes adjudicadores, decir que la DT 7ª LCSP lo que hace es remitirnos al régimen de recursos y medidas cautelares que introdujo la Disposición Adicional decimosexta del TRLCAP, mientras no entre en vigor ordinariamente la LCSP que, a su vez, nos remite a la Ley 48/1998, de contratación en sectores excluidos, concretamente artículo 51, donde se configura el recurso de alzada impropio y medidas cautelares. Previsión que hoy ya no es aplicable.

En todo caso, con la nueva regulación parece unificarse el sistema de recursos, al extender éstos a las decisiones adoptadas por las sociedades de derecho privado que sean poder adjudicador, de manera que se abandona su cauce específico de reclamación y medidas cautelares, que se recoge en la Disposición Adicional Decimosexta del TRLCAP (24), y remitía a la Ley 48/1998 de Contratación en los sectores excluidos.

6º) Asimismo, y de otra parte, se contempla una tramitación del recurso rápida, al objeto de no perjudicar los intereses generales que reclaman una pronta ejecución del contrato, ya que el plazo de interposición es de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que se notifique o publique el acto, coincidiendo este plazo con el previsto por la nueva Directiva 2007/66/CE al modificar la Directiva 89/665, aunque en ésta se trata

---

Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto. En contratos distintos a los mencionados, estos entes, organismos o entidades observarán los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato» [Disposición Transitoria Séptima 1.b) LCSP]. A este respecto, vid. ARIMANY LAMOGUÀ, E. y NAVARRO MANICH, J.A., «La aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público (Comentarios a la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Contratos del Sector Público)», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 16 (2007).

(24) La Disposición Adicional decimosexta del TRLCAP disponía:

«Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta Ley».

«A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE».

de un plazo mínimo. Plazo que se reduce a siete días hábiles en el caso de que la adjudicación se tramite por el procedimiento de urgencia. Si no se interpone en ese plazo, implica que el acto queda firme y consentido, no impugnabile.

De otra parte, recogiendo lo que prevé la nueva Directiva 89/665, tras su modificación, se dispone que «si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato». Por tanto, la LCSP mantiene la regla según la cual el contrato se perfecciona con la adjudicación, pero de acuerdo con la distinción que establece entre adjudicación provisional y definitiva. En consecuencia, el recurso impide proceder a la adjudicación definitiva y a la perfección del contrato. Lo cual resulta de todo punto loable.

De acuerdo con lo señalado, resulta que en los procedimientos de contratos sujetos a regulación armonizada, la impugnación del acto de adjudicación provisional que se notifica a los licitadores (art. 135 LCSP) deberá realizarse en el plazo de 10 días desde su publicación en el perfil de contratante, y no desde su notificación personal.

Luego, de la letra de la Ley se deduce que la adjudicación provisional (acto declarativo de derechos) —y su confirmación vía recurso— se elevará a adjudicación definitiva. Resultando esta última un nuevo acto de reproducción y confirmación de la adjudicación provisional, no cabiendo la interposición del recurso contencioso de acuerdo con el art. 28 LJCA.

Efectivamente, tal como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 18/2008, de 21 de julio, «la adjudicación definitiva se presenta como un trámite formal y no de fondo, ya que la decisión propiamente dicha se adopta en la adjudicación provisional por el órgano competente (...). De manera que contra el acto de adjudicación definitiva no es admisible recurso alguno por cuando el mismo siempre será confirmatorio de la adjudicación provisional; ya que si no se dan los requisitos para elevar la provisional a definitiva (esto es, justificación documental y constitución de garantía definitiva), no hay un acto de adjudicación definitiva denegando la confirmación de la provisional, sino una nueva adjudicación provisional a favor del licitador que figurase en el correspondiente orden decreciente elaborado y propuesto por la mesa al órgano de contratación. Esta nueva adjudicación provisional será otra vez notificada a todos los licitadores y susceptible de nuevo de recurso especial del artículo 37 LCSP.

En todo caso, la adjudicación definitiva podrá ser objeto de revisión de conformidad con lo previsto en los artículos 31 a 34 LCSP. En atención a esta

posibilidad, se recomienda por la Junta incorporar en las notificaciones de los actos de adjudicación definitiva la mención a esta previsión de la Ley.

En cuanto al plazo de resolución del recurso, es también breve, cinco días hábiles, entendiéndose desestimado a los veinte días siguientes a la interposición del recurso sin que se haya notificado la resolución, sin perjuicio de que se mantenga la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta que el recurso se resuelva de forma expresa.

Resolución que, de forma motivada, deberá decidir sobre las peticiones del recurrente, pudiendo acordar la anulación de las decisiones ilegales que se hubiesen podido adoptar durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, la retroacción de las actuaciones, una indemnización a favor del recurrente y la adjudicación a otro licitador.

En todo caso, frente a la resolución expresa o por silencio del recurso, podrá acudir a la vía judicial, interponiendo el correspondiente recurso contencioso administrativo.

## **B) El régimen de medidas cautelares provisionales en materia de contratos (artículo 38 LCSP)**

Consecuencia también de la regulación comunitaria es la letra del actual artículo 38 LCSP cuando dispone:

*«1. En los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por la Administración o entidad contratante y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas 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. Esta solicitud podrá formularse al tiempo de presentarse el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo anterior o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición.*

*2. Serán órganos competentes para adoptar las medidas provisionales los señalados en el apartado 4 del artículo anterior.*

3. La decisión sobre las medidas provisionales deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes, a la presentación del recurso o escrito en que se soliciten, entendiéndose denegada esta petición en el caso de no recaer resolución expresa sobre el particular en este plazo.

4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

5. La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

6. Las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido».

Efectivamente, una vez más, y pese a que el debate en la STJUE de 15 de mayo de 2003 giró en torno a si las facultades de la jurisdicción contenciosa administrativa, según la regulación del sistema legal de medidas cautelares era o no suficiente y conforme o no a las exigencias comunitarias; resultando, como sabemos, insuficiente (25); entonces, el artículo 60 bis TRLCAP (26) y hoy, el artículo 38 LCSP introducen una nueva regulación de las medidas cautelares en *vía administrativa*, pudiéndose, en virtud del artículo 38, solicitar tales medidas con carácter previo a la interposición del recurso especial, cuya eficacia, una vez adoptadas, se anuda a la interposición del recurso; o bien, podrán formularse al tiempo de presentarse el recurso especial. En todo caso, del art. 38 se desprende que el recurso especial en materia de contratos y medidas provisionales tienen el mismo ámbito de aplicación y para su solicitud se aplica lo mismo que para dicho recurso.

---

(25) Como sabemos, el TJUE en base a su afirmación: «Los Estados miembros están obligados (...) a conferir a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso la facultad de adoptar, independientemente de cualquier acción previa, todas las medidas provisionales, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión» (STJUE de 19 de septiembre de 1996, C-236/95).

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Art. 60 bis. Medidas provisionales», en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Dir. R. GÓMEZ-FERRER), Ed. Civitas, Madrid, 2005, pp. 317-327; BAÑO LEÓN, J.M., «El contencioso precontractual (...), *op. cit.*, p. 349-353; NOGUERA DE LA MUELA, B., «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», en *Justicia Administrativa: Libro Homenaje al Prof. R. ENTRENA* (Coord. MONTORO CHINER), Atelier, Barcelona, 2003, pp. 327-355.

En cualquier caso, el legislador de la LCSP incurre una vez más, con el artículo 38, en alguno de los mismos errores que el artículo 60 bis TRLCAP, y vulnera, por consiguiente, la Directiva de «recursos», por los siguientes motivos:

1<sup>º</sup>) Las medidas provisionales se adoptarán por los órganos competentes, esto es, los recogidos en el artículo 37.4 LCSP, a saber «(...) cuando se trate de contratos de una Administración Pública, será competente el órgano de contratación o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública (...)». En consecuencia, en uno u otro caso, el órgano que resuelve no es un organismo administrativo independiente con el estatus que requiere la Directiva 89/665 en su artículo 2.8, párrafo 2<sup>º</sup> ni, por otra parte, la regulación prevista facilita el acceso rápido a la jurisdicción contencioso-administrativa (27), posibilitando medidas provisionales autónomas en vía judicial. Puesto que, tal como afirma el Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA (28), tales «recursos eficaces» tales «medidas provisionales», referidos a la Administración en España, sólo un Juez o Tribunal está en condiciones de prestarlas.

2<sup>º</sup>) Las medidas provisionales pueden solicitarse con fines diversos, así «para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación» (artículo 38.1 LCSP). En concordancia, por tanto, con la Directiva, no se exige la suspensión automática, sino que se permite que el órgano competente para adoptar las medidas cautelares pueda tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los interesados eventualmente perjudicados, incluido el interés general.

Así, la técnica de la suspensión de los actos administrativos ha sido insuficiente para conseguir una justicia eficaz en el ámbito de la contratación pública, que en la mayoría de casos ha sido denegada por la jurisdicción contencioso-administrativa por cuanto, de otorgarse, dañaría normalmente el interés público, perjudicando así la obra, el suministro o el servicio que la Administración hubiese acordado contratar. En esta línea, la facultad de suspender la ejecución de un contrato se sujeta a la previa ponderación de los «intereses en conflicto», deben valorarse «todos» los intereses en presencia; de manera

---

(27) BAÑO LEÓN, J.M. «El contencioso precontractual (...)», *op. cit.*, p. 351.

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Art. 60 bis (...)», *op. cit.*, p. 321. A este respecto, afirma «apartar el conocimiento del problema de esta jurisdicción y atribuírselo a la (...) Administración, que es el “poder adjudicador” de los grandes contratos a quien hay que controlar, es (...) intentar convertir en controlador a quien debe ser justamente controlado (...)».

que de acuerdo con la letra del artículo 130 de la LJCA (29), habría que denegarla cuando la medida cautelar (sea ésta cual sea) pueda causar «perturbación grave de los intereses generales o de tercero»; términos, el de «perturbación» y el de «grave» que deben interpretarse en el sentido de favorecer la efectividad de la medida cautelar, habida cuenta la integración de la justicia cautelar en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) tal como tienen declarado la jurisprudencia más reciente (30), que impone, por tanto, que hablemos mejor de «daños» y que la «gravedad» se interprete necesariamente de forma restrictiva, para comprender únicamente los conflictos con otros derechos fundamentales, bien de tercero, bien de los que puedan resultar protegidos por la específica actuación administrativa (31), para poder denegar la medida cautelar.

Así, para que la suspensión u otras medidas cautelares sean factibles y no produzcan efectos perversos sería aconsejable que exista un proceso suma-

---

(29) El artículo 130 LJCA reza:

«1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.»

(30) Esta relación de medio a fin existente entre la institución cautelar y el derecho fundamental citado la recordó el Tribunal Supremo en su conocido Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 (también, entre otros, en los posteriores de 17 y 23 de abril, 16 de julio y 19 de diciembre de 1995, etc.), afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la CE, «implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar». Y la ha afirmado el Tribunal Constitucional, básicamente en sus sentencias 14/1992, de 10 de febrero («...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso»), 238/1992, de 17 de diciembre («...la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede —contra lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución— desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento»), y 148/1993, de 29 de abril («... de este mismo derecho fundamental —a la tutela judicial efectiva— deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquier derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso...», «...importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser la adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue ...»).

(31) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, p. 642; CHINCHILLA MARÍN, C., «Comentario del art. 130 LJCA», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, REDA nº 100, p. 874; MONTORO CHINER, María J., «Rechtsstaatliche Entwicklungen im Recht der verwaltungsrechtlichen Verträge Spaniens. Ein ständiger Dialog «Zwischen nationalem Gesetzgeber und EuGH», en *Rechtsstaat und Grundrechte (Libro Homenaje al Prof. Merten)*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, pp. 470-471.

rio, con medidas rápidas que no paralicen eternamente los procedimientos de licitación, a modo del llamado *référé* precontractual del Derecho francés (32), donde el juez puede adoptar desde medidas provisionales, consistentes en una orden que obligue a la Administración a cumplir sus obligaciones o suspender la adjudicación o cualquier medida relacionada con ella, hasta medidas definitivas, sobre el fondo del asunto como anulación de cualesquiera actos del procedimiento de selección del contratista y supresión de cláusulas discriminatorias que pudieran formar parte del contrato.

En definitiva, medidas cautelares que han de articularse en el seno del proceso contencioso, no basta con reconocerlas en vía administrativa, puesto que no olvidemos que la Directiva de recursos exige que exista un procedimiento *de urgencia* para adoptar la medida cautelar *independiente* de la interposición del recurso, en consecuencia, como declaró el TJUE en su Sentencia de 15 de mayo de 2003, España incumple tal posibilidad de impetrar medidas cautelares autónomas.

3º) Asimismo, destacamos cómo no se dice nada en relación al plazo con el que se cuenta para solicitar las medidas provisionales y a partir de cuando se cuenta. Sí, en cambio, se determina que la decisión sobre aquellas debe producirse dentro de los dos días hábiles siguientes a su solicitud (ya sea independiente o con el recurso especial), entendiéndose denegada si en el plazo, también de dos días, no recae resolución expresa. Previsión, por tanto, de un plazo fugaz, que posibilita la denegación por silencio negativo que, evidentemente, será recurrible en vía contencioso-administrativa.

4º) Finalmente, quisiéramos resaltar la previsión legal del artículo 38.6 LCSP, que vincula las medidas provisionales a un recurso (en este caso, al recurso especial en materia de contratación pública), no se configuran, por tanto, como autónomas, tal y como prevé la Directiva de recursos, puesto que si transcurre el plazo (diez días hábiles) para interponer el mencionado recurso

---

(32) A este respecto, la Ley nº 92-10, de 4 de enero de 1992 transpuso las Directivas comunitarias de contratos al derecho francés, y otorga al juez civil y al administrativo, el poder de juzgar en forma de *référé*, un procedimiento sumario y urgente, que decida sobre el fondo del asunto. El procedimiento es invocable por todo incumplimiento de las normas de publicidad y competencia exigidas por el Derecho Comunitario o el Derecho interno (procedimiento elegido, publicidad, respecto a los criterios objetivos de selección, tratamiento igualitario de los concurrentes, imparcialidad en la elección, etc...). La legitimación es amplia, los interesados en el amplio sentido de las Directivas (los que puedan ser eventualmente lesionados en su interés de concursar); además, el Prefecto, respecto de los contratos de las entidades locales, y el Gobierno francés en determinados supuestos.

Al *référé* precontractual se refieren BAÑO LEÓN, J.M., *El contencioso precontractual (...)*, op. cit., pp. 272-273; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso (...)*, op. cit., p. 639; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Edit. Civitas, Madrid, 1996, pp. 296 y ss.; BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, 1999, pp. 87-88.



sin interponerse, las medidas provisionales que se hayan solicitado y acordado con anterioridad a la presentación de aquél decaerán una vez hayan transcurrido los diez días sin haberse deducido.

#### **IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA FALTA DE MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, Y LA NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO «URGENTE» EN MATERIA DE CONTRATOS**

Ciertamente, en el Derecho español no se ha producido una actitud parecida a la que ha tenido lugar en otros ordenamientos vecinos (francés, alemán, portugués), a los efectos de introducir medidas normativas tendentes a transponer las Directivas sobre recursos; de manera que nuestro sistema jurisdiccional sí que satisface las exigencias comunitarias (33).

Así, remarcable resulta la innovación explícita del control jurisdiccional que ha realizado el legislador español, que se refiere al control judicial en el ámbito de los *contratos en los sectores especiales o excluidos*. Única innovación, que atribuía a la jurisdicción contenciosa-administrativa el conocimiento de los litigios que surgiesen en el ámbito de la Ley 48/1998, y así lo explicaba en su Preámbulo; y recogía el propio artículo 64.1 del referido texto

---

(33) FONT I LLOVET, T., «Control jurisdiccional de la selección de contratistas», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Profesor S. Martín-Retortillo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 1464 y ss. Igualmente, resulta obligado el examen comparativo que realiza, BAÑO LEÓN, J.M., «El Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en *Anuario de Derecho Local 1995*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 44-48, de lo que él denomina «un ejemplo de adaptación innovadora de las Directivas europeas: el «referé precontractual» francés, lamentando la falta de adaptación procesal española en términos similares, como anteriormente lo habían hecho. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces (...)*, op. cit., p. 395; RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones públicas y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 254-258.

En el nuevo Código Portugués del Proceso de los Tribunales Administrativos (Ley 15/2002, publicada en «Diario de la República» de 22 de febrero de 2002, núm. 45 I – serie A, pp. 1423-1457) bajo la rúbrica «De los procesos urgentes» del Título IV, se recoge en el Capítulo I («De las impugnaciones urgentes») en su Sección II el «Contencioso precontractual» (art. 100 a 103), debiéndose interponer en el plazo de un mes desde la notificación de los interesados o, no existiendo deber de notificar, desde la fecha de su conocimiento (art. 101); sólo se admiten alegaciones en el caso de que se solicite o practique prueba con la contestación; veinte días de plazo para la contestación y para las alegaciones cuando éstas tengan lugar [art. 102.3.a)]; diez días para que el juez adopte una decisión o someta el proceso a juicio [(art. 102.3.b)]; cinco días en los restantes casos [art. 102.3.c)]. El ámbito es la impugnación de actos administrativos *preparatorios* de la celebración de contratos de obra, y de concesión de obras públicas, de prestación de servicios y de suministro de bienes (art. 100.1), pero se contempla, también, la posibilidad de ampliar el objeto del proceso a la impugnación del contrato en los términos del art. 63.

legal (hoy artículo 113 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de contratación en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales), al indicarse en aquél:

*«Aunque se ha valorado la oportunidad de reservar la resolución de los recursos por incumplimiento de la Ley a instancias jurisdiccionales del orden civil, se ha optado finalmente por su tratamiento administrativo. Ello ha sido así porque los operadores de estos sectores deben cumplir, sin duda, determinadas normas de Derecho público como contrapartida por los derechos exclusivos o especiales de los que disfrutaban para la preservación, en la mayoría de los casos, de servicios esenciales para la comunidad. La intervención de los órganos administrativos abrirá a los interesados, en todo caso, la vía jurisdiccional contencioso-administrativa como garantía última.*

*En la línea apuntada, la Administración pública a la que se encuentre vinculada la entidad contratante puede decidir la suspensión de los procedimientos de adjudicación de los contratos, anular las cláusulas administrativas discriminatorias contenidas en los anuncios de licitación o en los pliegos de condiciones e, incluso la propia adjudicación del contrato, pronunciándose, si es requerida para ello, sobre la procedencia del abono de una indemnización por daños y perjuicios, fijando su importe».*

Siguiendo tal previsión de la Ley 48/1998, hoy también recogida en la nueva Ley de procedimientos de contratación en sectores excluidos (Ley 31/2007), la Ley de contratos del sector público, de acuerdo con su artículo 21 (34) establece, a nuestro juicio, acertadamente, que el control de los actos separables de los contratos privados por la jurisdicción contencioso-administrativa se extenderá no sólo a los de los que se celebren por las Administraciones Públicas, sino también a los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las entidades de derecho privado del sector público y los sujetos privados, en el supuesto de los subvencionados (artículo 17 LCSP). Debién-

---

(34) El artículo 21 LCSP dispone: Jurisdicción competente.

«1. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente, corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afectan a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada».

dose, en estos últimos casos, interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 37 LCSP con carácter previo al recurso contencioso administrativo (35).

En cambio, en el apartado 2 del artículo 21 LCSP se preceptúa, primeramente, que «el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados», hasta ahora tal como venía deduciéndose del artículo 9.3 TRLCAP en su primer inciso. Aunque después, se añade un segundo párrafo donde se plasma la huída de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se establece que el orden jurisdiccional civil será el competente «para conocer de cuantas cuestiones litigiosas que afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidas a la LCSP que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a regulación armonizada». Por tanto, por ejemplo, si se trata de un contrato de obras públicas *por debajo* de 5.278.000 de euros, las controversias sobre su preparación y adjudicación serán dilucidadas ante la jurisdicción civil; si por el contrario, alcanzan o superan el mencionado umbral cuantitativo se acudiría a la jurisdicción contencioso-administrativa. Se resucita, por tanto, la dualidad jurisdiccional (36), cuando lo acertado hubiera sido mantener la teoría de los actos separables, residenciando en la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los litigios que se planteen en las fases de preparación y adjudicación de los contratos, al margen de la naturaleza pública o privada del ente contratante (37). Puesto que, no olvidemos, que en aplicación de la LCSP los actos de preparación y adjudicación de contratos de una entidad pública empresarial se residenciarán en la jurisdicción civil. ¿Es que han dejado aquéllos de ser actos administrativos?

---

(35) MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. La nueva Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático, Edit. La Ley, Madrid 2007, p. 191.

(36) Tal planteamiento se sostenía ya con la legitimación de contratos anterior por MACERA, B., «La sujeción a control contencioso-administrativo del fieri de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio impropio a una tendencia de privatización ilegítima», RAP nº 155 (2001), pp. 242-251; BORRAJO INIESTA, I., «El intento de huir del Derecho Administrativo», REDA, nº 78 (1993), pp. 234 y ss.

(37) MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley (...)*, op. cit., p. 191-192; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 227 y ss. Ante tal reparto jurisdiccional, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., en «De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable de degradación de la Ley», en *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 0, octubre 2008, considera que tal previsión muestra que «estamos ante un acto arbitrario del legislador que vulnera la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que establece el art. 9.3 CE».

De otra parte, como apunta ORDÓÑEZ, no ha habido ninguna reforma estructural de la jurisdicción contencioso-administrativa que haya tenido en cuenta la experiencia comunitaria en materia de contratación pública. La LJ de 1998 no tuvo presente las propuestas o comentarios que al respecto se hicieron, entre otros, por MESTRE DELGADO (38) que apuntaba, diez años antes de la referida reforma jurisdiccional, algunas propuestas en este ámbito vinculadas, por ejemplo, a la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y a la mayor amplitud de las medidas cautelares.

En el mismo sentido, GIL IBÁÑEZ (39) ponía reparos a las medidas cautelares previstas por nuestro ordenamiento en cuanto a su conformidad con las exigencias de las Directivas. En fin, respecto a los poderes para «anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales incluida la supresión de las características, técnicas, económicas o financieras discriminatorias», el referido magistrado también recordaba las dificultades que en nuestro ordenamiento plantea la legitimación de quien no haya participado en el proceso de adjudicación o de la falta de impugnación directa de determinados actos.

Hay, además, por lo que se refiere a la exigencia de eficacia y rapidez de los recursos judiciales, un déficit grande en nuestro proceso contencioso-administrativo. La realidad es que también en materia de contratación nos encontramos ante una justicia lenta e ineficaz. La larga duración de los procesos hace que en muchas ocasiones se dicte la sentencia cuando ya se ha ejecutado el contrato, circunstancia que explica la escasa jurisprudencia española que existe sobre el tema, como han notado BAÑO LEÓN y FONT I LLOBET (40), entre otros.

Efectivamente, falta un procedimiento contencioso urgente y sumario en materia de contratos.

El artículo 1.1 de la Directiva 89/665 dice que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz,

---

(38) MESTRE DELGADO, J.F., *El control de la adjudicación de los contratos públicos (...)*, op. cit., p. 37.

(39) GIL IBÁÑEZ, J.L., «El control jurisdiccional de los contratos administrativos», en *Contratación administrativa II*, Cuadernos de Derecho Judicial VIII/1997, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1997, pp. 309-311. Respecto a la legitimación puesta en duda por GIL IBÁÑEZ, sin embargo, MESTRE DELGADO consideraba que la regulación española, incluida la doctrina del Tribunal Supremo, era acorde con el Derecho comunitario, *ibidem*, p. 39.

(40) BAÑO LEÓN, J.M., *El contencioso precontractual (...)*, op. cit., p. 338; FONT I LLOBET, T., *Control jurisdiccional (...)*, op. cit., p. 1465. Asimismo ORDÓÑEZ SOUS, D., *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 294, denuncia cómo las cuestiones relativas a la contratación están sustraídas en gran medida del conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo cuya eficacia y rapidez es proverbial.

y en particular, lo más rápidamente posible...» y en el artículo 2.8 se añade que los Estados miembros velarán para que «las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz». Previsiones que comportan que las normas de cada Estado miembro, deben permitir, no sólo la adopción de medidas cautelares «(...) lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia (...) para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados (...)» sino también la anulación rápida de las decisiones ilegales, que exista un procedimiento de urgencia —(no sólo referido al procedimiento cautelar)— que dirima finalmente la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa (STJUE de 19 de septiembre de 1996. Comisión contra Grecia). Pues bien, nuestro sistema procesal no responde a tales exigencias (41), no contamos con un procedimiento de urgencia sobre el fondo del asunto.

No queda, por tanto, a la discrecionalidad de los Estados el criterio para suspender o no el procedimiento de adjudicación. La Directiva 89/665, también en su nueva versión, establece (en su artículo 2.5), que los órganos de control puedan tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general, y decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar a las ventajas. El criterio de ponderación consiste, por tanto, en sopesar las ventajas e inconvenientes para todos los interesados y, en particular, para el interés público. Esa ponderación será más favorable a la desestimación de medidas cautelares cuanto más pueda prolongarse en el tiempo el procedimiento judicial sobre el fondo. (BAÑO LEÓN) (42). De ahí, que en el ordenamiento francés y alemán exista un procedimiento judicial *ad hoc* de carácter urgente, donde el posible efecto perjudicial de una medida cautelar se minimiza. En cambio, en nuestra regulación, y me refiero al artículo 129 LJCA los criterios por él introducidos implican mayor confusión.

En suma, la LJCA ni prevé un procedimiento sumario en materia de contratos ni mejora la regulación técnica de la justicia cautelar (artículo 129 y 130 de la LJCA). Algo que sí recoge la Ley 15/2002, Ley portuguesa que bajo la rúbrica de los procesos «urgentes», recoge el «contencioso precontractual» (artículos 100 a 103), y en su Título V se refiere a los procesos «cautelares», refiriéndose en el art. 132 a las medidas cautelares en procedimientos de perfección de contratos.

---

(41) BAÑO LEÓN, J.M., *El contencioso precontractual (...)*, op. cit., pp. 338-339 y 350-351; IDEM, *El proyecto de Ley de contratos (...)*, op. cit., p. 70.

(42) BAÑO LEÓN, J.M., *El contencioso precontractual (...)*, op. cit., p. 354; DE LA SIERRA, S., «Las medidas cautelares en la contratación pública», RAP, nº 164 (2004).

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la vista de cuanto antecede podemos concluir que el contencioso-administrativo, a través de una serie de cauces procesales generales (que todos conocemos), difícilmente va a ser capaz de satisfacer el reto que le imponen las directivas comunitarias de contratación, de otorgar una protección adecuada a favor de los intereses de los particulares que impugnan una adjudicación ilegal. De ahí, que resulte conveniente plantearse hasta qué punto no puede llegar a satisfacer mejor —las pretensiones del afectado por un adjudicación ilegal— un sistema de control procesal «*ad hoc*» diseñado *expresamente* para resolver los problemas que plantea el control de las adjudicaciones ilegales, aunque no sea necesariamente judicial, pero que, en todo caso, se residencie ese control en un órgano independiente, pero no en el órgano de contratación.

Por tanto, la reforma, en algunos aspectos, es *parcialmente* positiva, pero el sistema sigue siendo ineficaz, e incluso diría que a la vista de la LCSP va a potenciarse la dualidad de control jurisdiccional, con la posibilidad de que aparezca jurisprudencia discrepante.

Asimismo, insistir en que las directivas comunitarias piensan en un «control judicial» de las adjudicaciones, pero no es menos cierto también que admiten un modelo «administrativo» con garantías «judiciales» (43).

---

(43) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El Derecho Administrativo Europeo*, IAAP, Sevilla, 2005, p. 163.